

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

FABIANA BESEN

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

FLORIANÓPOLIS

2014

FABIANA BESEN

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Análise econômica do direito de propriedade no Brasil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Fabiana Besen**, defendido em **28/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 dez, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CHS/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de Novembro de 2014.



Everton das Neves Gonçalves
Professor(a) Orientador(a)



Eduardo Luiz Venturim
Membro de Banca



Luana Renostro Heinen
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, devo agradecer, não por apenas essa, mas por todas as minhas conquistas, aos meus pais, Nivaldo e Célia, que na luta diária, sob chuva ou sol, retiram da terra o nosso sustento, bem como pelo apoio e compreensão diante da ausência ao longo desses anos de faculdade. Amo vocês.

Agradeço também aos meus irmãos, Flávia e Fabrício, pela paciência e pelos momentos de companheirismo e divertimento.

Ao colega e namorado Gibran, por estar sempre ao meu lado me apoiando, trazendo mais felicidade e leveza aos meus dias. Obrigada por tudo.

Às amigas de longa data Amanda, Daiane, Eliane, Leila, Tamara e Valéria e às amigas do curso de Direito, em especial à Amanda Belletti, Amanda Rufino, Ana Clara, Fernanda, Jéssica, Kátia, Luíza e Raquel, pelas angústias compartilhadas e também pelos bons momentos, que serão para sempre lembrados.

Aos colegas de trabalho da Diretoria de Recursos e Reexames do TCE/SC pelo aprendizado proporcionado.

Por fim, agradeço a todos os professores do curso, os quais contribuíram para minha formação acadêmica, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves, por todo auxílio e incentivo prestados ao longo da realização deste trabalho, bem como pelo cativante entusiasmo com que ministra suas aulas de Análise Econômica do Direito, eis que foram essenciais para a escolha do presente tema desta monografia.

As ideias são como peixes. Se você quiser pegar o peixe pequeno, pode ficar na água rasa. Mas se você quiser pegar o peixe grande, tem que ir mais fundo.

David Lynch

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou nela é exposta.

RESUMO

O objetivo da presente monografia é investigar a adequação do direito de propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro aos postulados do movimento denominado Análise Econômica do Direito. Esse movimento surgiu nos Estados Unidos da América e tem como escopo a interpretação do Direito por meio de conceitos da Ciência Econômica como, por exemplo, a eficiência. Para tanto, será estudado, inicialmente, o seu surgimento e as principais escolas de pensamento, bem como os principais precursores teóricos e suas contribuições. Além disso, será abordado o conceito de eficiência a partir de diferentes concepções. Em seguida, examinar-se-á a origem e evolução histórica do conceito de direito de propriedade e sua previsão no âmbito Constitucional e do Direito Civil vigentes. Por fim, percorrer-se-á acerca da compatibilidade entre as premissas da Análise Econômica do Direito ao direito de propriedade no Brasil, verificando se os direitos de propriedade, tais como estão definidos atualmente, são eficientes do ponto de vista econômico, possibilitando as transferências voluntárias e garantindo que referidos direitos permaneçam com aqueles que os valorizam mais. Em especial, será abordada a questão da interferência estatal na propriedade privada e as desapropriações das propriedades que não cumprem a sua função social. Não se pretende, contudo, esgotar o tema proposto, mas sim salientar os pontos problemáticos, demonstrando que a eficiência econômica, sendo meio para atingir a harmonização econômica entre os agentes, deve considerar também outros critérios na adjudicação de direitos, visto que outras variáveis como, por exemplo, a distributividade e a justiça social, devem ser internalizadas consoante o Princípio da Eficiência-Econômico Social. Para alcançar o objetivo deste trabalho, destaca-se que foi empregado o método de abordagem dedutivo realizado por meio da pesquisa, leitura e fichamento de material bibliográfico.

Palavras chave: Análise Econômica do Direito; Direito de Propriedade; Eficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	13
1.1 Aspectos históricos.....	15
1.2 As escolas de pensamento.....	18
1.3 Precursores teóricos.....	20
1.3.1 Guido Calabresi.....	20
1.3.2 Ronald Coase.....	22
1.3.3 Richard Posner.....	24
1.4 As concepções de eficiência.....	25
1.4.1 A eficiência de Pareto.....	26
1.4.2 A eficiência de Kaldor-Hicks.....	27
1.4.3 Teoria efficientista de Richard Posner.....	28
1.4.4 Princípio da Eficiência Econômico-Social.....	32
2 O DIREITO DE PROPRIEDADE	34
2.1 Breve histórico da evolução da propriedade.....	34
2.1 A propriedade nas sociedades primitivas.....	34
2.1.2 A propriedade em Roma.....	35
2.1.3 A propriedade na Idade Média.....	37
2.1.4 A propriedade na Idade Moderna.....	38
2.1.5 A propriedade na Idade Contemporânea.....	40
2.2 A propriedade no Direito brasileiro.....	41
2.2.1 A propriedade no Brasil Colônia.....	41
2.2.2 O direito de propriedade nas Constituições do Brasil.....	43
2.2.3 O conceito de propriedade nos Códigos Civis.....	48
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	51
3.1 Propriedade e eficiência.....	52
3.1.1 Propriedade privada <i>versus</i> propriedade comunitária.....	52
3.1.2 Conceito econômico de propriedade.....	54
3.2 Teoria das Negociações (Bargaining Theory).....	55
3.3 Análise Econômica do direito de propriedade no Brasil.....	59
3.3.1 Análise Econômica da interferência do Estado na propriedade privada.....	60
3.3.2 Análise Econômica da função social da propriedade.....	64

CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo examinar a regulamentação do direito de propriedade no Brasil à luz dos postulados da Análise Econômica do Direito - AED. Seu propósito geral é averiguar se os direitos de propriedade, tal como definidos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, permitem obter eficiência e se estimulam as trocas voluntárias, assegurando que a propriedade fique nas mãos de quem a valorize mais.

Para tanto, destaca-se que a metodologia a ser empregada consiste no método de abordagem dedutivo realizado por meio da pesquisa, da leitura e do fichamento de material bibliográfico.

Em primeiro lugar, é interessante assinalar que muito se discute a respeito da interação entre Direito e Economia, eis que a Ciência Jurídica se preocupa com a questão da justiça, já a Ciência Econômica, por sua vez, estuda o comportamento humano em face da escassez de recursos, ou seja, as duas disciplinas possuem objetos distintos.

Em decorrência disso, outrora, o diálogo entre o Direito e a Economia ocorria apenas com relação a determinados assuntos, especialmente no âmbito comercial, tais como a circulação de mercadorias, a concorrência desleal, o antitruste e outras questões afins.

Porém, em meados do Século XX surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) a AED (sob a denominação *Law and Economics* - LaE) que é o movimento interdisciplinar que se propõe a utilizar os postulados da Ciência Econômica às mais diversas áreas do Direito como, por exemplo, nos contratos, na responsabilidade civil, no direito de família, no direito penal e no direito de propriedade.

Cabe ressaltar que a AED nasceu da constatação de que o Direito não pode ser visto como disciplina isolada e autossuficiente, uma vez que valores econômicos, como a maximização da riqueza e a eficiência, influenciam as condutas humanas e, conseqüentemente, a elaboração normativa.

Em outras palavras, a AED tem por fundamento o estudo do comportamento dos agentes econômicos que, em sua vida diária, comparam custos e benefícios em face das diversas alternativas disponíveis para, então, tomar uma decisão.

Entretanto, para a tomada de decisões ocorrer da melhor forma possível, é necessário que haja informação suficiente a respeito das consequências de sua escolha e que os direitos estejam previamente definidos pelo ordenamento jurídico estatal.

O presente trabalho, nesse ínterim, dedica-se a aplicar tais postulados da Análise Econômica do Direito ao direito de propriedade, mais especificamente à propriedade corpórea.

É importante destacar, inicialmente, que a Análise Econômica do Direito de Propriedade não busca esclarecer o significado do conceito de propriedade, uma vez que o seu intento é prever as consequências oriundas das normas relacionadas ao direito de propriedade, sobretudo as implicações destas normas sob o aspecto da eficiência. Desse modo, a AED almeja a formação de um sistema de direitos de propriedade que sejam bem definidos, possibilitando as trocas voluntárias e garantindo que referidos direitos permaneçam com aqueles que os valorizem mais.

Desse modo, para compreender em que medida é possível a aplicação da AED ao direito de propriedade tal qual previsto no Ordenamento Pátrio, deve-se, primeiramente, entender como ocorreu o surgimento desse movimento. Além disso, cabe explicar que a AED não é um movimento uniforme, havendo diversas escolas de pensamento que também devem ser apresentadas. Esses assuntos serão abordados no primeiro capítulo desta monografia.

Ademais, serão, brevemente, expostos os trabalhos de Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner, principais precursores teóricos da AED, bem como o conceito de eficiência a partir das fórmulas de Pareto e Kaldor-Hicks, a teoria efficientista de Posner e o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) formulado, no âmbito nacional, por Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer.¹

Superado o estudo acerca da AED, passar-se-á a examinar, no segundo capítulo, o conceito de propriedade, sua evolução histórica desde as sociedades primitivas até os dias atuais e sua regulamentação no direito brasileiro desde a época do Brasil Colônia até o hodierno Ordenamento Jurídico Pátrio, tanto no contexto Constitucional quanto no Código Civil.

¹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261/26955>>. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

Já no terceiro capítulo procurar-se-á estabelecer a síntese entre os dois capítulos anteriores. Assim, inicialmente, será analisada a questão do regime de propriedade (privada ou comunitária) com relação ao critério de eficiência. Em seguida será demonstrado o conceito econômico de propriedade que decorre de três condições: transferibilidade, exclusividade e universalidade. No último tópico desse capítulo, buscar-se-á explorar a questão da interferência estatal na propriedade privada e da desapropriação com fulcro no instituto da função social da propriedade.

Por fim, serão expostas as conclusões em resposta ao problema formulado, analisando se os direitos de propriedade tais como disciplinados no Ordenamento Jurídico Brasileiro estão em conformidade com os preceitos propostos pela AED.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Hodiernamente, Direito e Economia, apesar de possuírem objetos distintos, interagem entre si, não apenas no tocante às questões de produção e circulação de mercadorias, à tributação, ao controle da inflação, da concorrência desleal ou dos índices de desemprego, mas também com outras áreas do Direito não diretamente marcadas pela atividade comercial.

Nesse íterim, Fábio Nusdeo² observa que o conceito de Economia abrange dois aspectos. O primeiro aspecto diz respeito às necessidades humanas que, além de serem em número expressivo, ampliam-se indefinidamente. Já o segundo se refere aos recursos destinados a atender tais necessidades que podem existir em maior ou menor grau, mas são sempre limitados, ou seja, escassos.

Em decorrência dessa escassez de recursos, nota-se que as sociedades procuram criar relações e instituições com o objetivo de combater esse problema. Nessa via, “a atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez.”³ A Ciência Econômica, portanto, é o estudo científico dessa atividade, bem como do comportamento humano e das relações e fenômenos decorrentes que surgem na sociedade incessantemente confrontada com a escassez.

Desse modo, segundo a ótica econômica, “quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses.”⁴

Decorre dessa premissa o sentido etimológico da palavra “economia”, que deriva “da expressão grega *oikos* + *nomos*, onde *oikos* ou *oikia*, no sentido mais amplo, quer dizer casa e *nomos* norma ou normatização e, daí, dar ordem, organizar, administrar, prover.”⁵

² NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

³ *Ibidem*, p.28.

⁴ *Ibidem*, p.29.

⁵ *Ibidem*, p.29.

E é justamente nesse contexto que surge o Direito que, por seu turno, pode ser definido como a arte de disciplinar o comportamento humano⁶, tendo como função a criação “de regras que tutelam a atividade humana.”⁷

Bruno Meyerhof Salama traz importantes considerações no tocante ao diálogo entre essas duas disciplinas ao afirmar que:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo⁸.

Contudo, é importante salientar que os peculiares métodos e objetos de pesquisa utilizados pelo Direito e pela Ciência Econômica não podem ensejar o afastamento ou isolamentos desses saberes, uma vez que ambas pertencem às ciências humanas e sociais aplicadas, pois têm como escopo a compreensão das ações e reações dos indivíduos, intentando compreender e normatizar condutas e fatos relevantes para a vida em sociedade.⁹

Em decorrência disso, em meados do Século XX, surgiram diversas obras, destacando-se as de Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner, que defendiam a aplicação de conceitos econômicos no cenário jurídico, angariando expressivo destaque no meio acadêmico.

Assim, faz-se imprescindível a análise do contexto histórico que ensejou a aproximação entre o Direito e a Economia, bem como seus principais precursores teóricos e as escolas de pensamento.

⁶ GICO JR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 9.

⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014, p. 1.

⁹ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: LIMA, Elisberg Francisco Bessa. *Análise econômica do direito de propriedade e a ordem constitucional brasileira*. In: As garantias da propriedade e as intervenções estatais. Coord. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

1.1 Aspectos Históricos

Inicialmente, insta salientar que o Direito não é estático e universal a todos os agrupamentos humanos, já que existem pluralidades de valores decorrentes da cultura e do meio histórico-político que influenciam no ordenamento jurídico de determinado povo.

Por esse motivo, dentre os paradigmas pelos quais o Direito já foi analisado, cabe destacar, aqui, a corrente jusnaturalista, juspositivista e jusrealista.

A corrente jusnaturalista, em síntese, apresenta uma concepção permeada pelo ideal de justiça no qual haveria um direito natural existente anterior e independentemente da vontade humana. Nas palavras de Norberto Bobbio, pode-se definir esta corrente de pensamento jurídico “como aquela segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça.”¹⁰

Em oposição à corrente jusnaturalista surgiu, no Século XIX, o juspositivismo, também denominado de positivismo jurídico, que, por sua vez, defendia a existência de um direito dissociado do direito natural e de sua concepção de justiça e moral (ser e dever-ser). Direito, para essa corrente, é um conjunto de normas emanadas pela autoridade competente no âmbito de um Estado, sendo, portanto, uma consequência humana e não divina.

Nos dizeres de Norberto Bobbio:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de positivismo jurídico¹¹.

Esse paradigma foi muito bem aceito durante longo tempo. Contudo, os acontecimentos decorrentes da Segunda Guerra Mundial e o Holocausto, não evitados pelo Direito, fez com que juristas repensassem o modelo juspositivista cujo elemento de justiça, como visto, consistia apenas na validade da norma posta.

Assim, Ivo Gico Teixeira Jr aduz que:

De um ponto de vista histórico-epistemológico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a ocorrência do Holocausto, a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do Século XIX foi um retorno ao direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, tendo seus praticantes não apenas abandonado a ideia de ciência jurídica, mas também efetivamente se afastado das demais ciências naturais e sociais na medida em que

¹⁰BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2057563/teoria-da-norma-juridica---norberto-bobbio>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014, p. 55.

¹¹ *Ibidem*, p. 58-59.

elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas.

[...] A consequência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. Em síntese, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano¹².

Desta forma, surgiu¹³ a corrente conhecida como realismo jurídico que direcionou seu foco a própria realidade social, diferente, portanto do jusnaturalismo e do juspositivismo. Nesse sentido, Bobbio assevera que:

No decorrer do pensamento jurídico do século XX, em diversos momentos, houve teóricos do Direito que buscaram captar o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça nos quais se inspiram os homens, ou dizem inspirar-se, ou ainda nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas sim na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. Seguindo a terminologia adotada, poderíamos dizer que estes movimentos, dentre os vários aspectos pelos quais apresentam o fenômeno jurídico, colocaram em relevo a eficácia mais do que a justiça ou validade.¹⁴

Importante assinalar também que o realismo jurídico não foi um movimento homogêneo, eis que é possível encontrar diferentes nuances de tal corrente. À guisa de exemplo, o realismo jurídico encontrado na Escandinávia pautou-se na análise de conceitos jurídicos fundamentais, já nos Estados Unidos da América (EUA) procurou-se demonstrar que: o direito é indeterminado, eis que não fornece uma única resposta; as decisões judiciais extrapolam a mera aplicação da lei, sendo influenciadas pela identidade, ideologia e política dos juízes; o jurista deve utilizar um viés mais pragmático, valendo-se do conhecimento de outras ciências.¹⁵

Costuma-se, nesse diapasão, afirmar que

No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito, os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos.¹⁶

¹² GICO JR, Ivo Teixeira, *op. cit.*, p. 1

¹³ O realismo jurídico não foi o único movimento que sucedeu o positivismo jurídico, mas, juntamente com o neoconstitucionalismo, é considerado uma expressiva corrente pertencente ao grupo denominado de pós-positivismo.

¹⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ Nesse sentido, ver: GICO JR, Ivo Teixeira, *op. cit.*, p. 7

¹⁶ *Ibidem*, p. 7.

Em razão da busca por tais respostas e da interdisciplinaridade com as demais ciências, surgiu, portanto, por volta dos anos sessenta, o movimento Direito e Economia sob a denominação de *Law and Economics (LaE)* ou, na acepção vernacular mais usual, Análise Econômica do Direito (AED), como um movimento fundado por princípios jurídicos e econômicos.

Parte-se do pressuposto que a avaliação de uma norma está relacionada às suas consequências sobre a sociedade e, nesse aspecto, a AED torna-se uma interessante opção para esse tipo de investigação. Primeiramente porque ela oferece um arcabouço teórico superior ao senso comum, capaz de clarear questões em todas as searas jurídicas, até mesmo em áreas que normalmente não são associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Em segundo lugar, ela é método de análise capaz de testar hipóteses sobre as consequências de determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano. E em terceiro, nota-se que ela é flexível o suficiente para amoldar-se a situações fáticas específicas e congregar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinaridade), o que contribui para a compreensão mais holística do mundo e para o aperfeiçoamento de soluções mais eficazes para problemas sociais.¹⁷

A AED surge, portanto, como o movimento interdisciplinar que se propõe a utilizar no cenário jurídico os postulados da Ciência Econômica, em especial as premissas relacionadas à eficiência.

Todavia, desde já, cumpre assinalar que a AED não atribui total hegemonia à eficiência de mercado em detrimento do Direito, uma vez que deve haver uma interação entre os fenômenos ocorridos no espaço econômico e normativo, de modo a refrear o descompasso entre a realidade econômica e a realização de condições mínimas no âmbito dos direitos sociais¹⁸.

Nessa via, é importante destacar que dentro da AED, existem diferentes escolas de pensamento, com diferentes tipos de enfoque no tocante à interação entre o Direito e a Teoria Econômica.

¹⁷ Conforme ensina Ivo Teixeira Gico Jr. *Ibidem*, p.11.

¹⁸ Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *A Administração Pública na sociedade transnacional: o critério da Law and Economics para tomada de decisão*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das_neves_ggoncalve.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014, p. 12.

1.2 As escolas de pensamento

Dentre os principais marcos teóricos existentes na AED, pode-se destacar os seguintes: Escola de Chicago, Escola Neo-Institucional, Escola da *Public Choice* e Escola do *Critical Legal Studies*.

A primeira corrente de pensamento, também chamada de Escola Institucionalista, desenvolveu-se no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago por intermédio da obra intitulada *Economic Analysis of Law*¹⁹ de Richard Allen Posner e, a partir dela, difundiu-se por outras faculdades de Direito estadunidenses.

Pode-se apontar como fundamentos da Escola de Chicago as seguintes premissas: “(1) As pessoas são maximizadoras racionais de sua própria satisfação; (2) “As normas legais são preços”; (3) O Direito deve ser analisado sob a ótica da eficiência.”²⁰

Isso significa que, em suas relações cotidianas, os indivíduos, ao tomarem decisões em face das normas existentes, buscam sua própria satisfação pessoal utilizando a mesma lógica com que realizam seus negócios.

Assim,

Para esta vertente de pensamento da *Law and Economics*, portanto, o homem, ao agir busca, racionalmente, a maximização de seus interesses, inclusive, imprimindo, no Direito, critério racional de custos sociais impostos pelo instrumental jurídico como na apreciação judicial dos casos concretos propriamente dita. A Escola de Chicago teve embasamento, a partir do exposto, em uma ética utilitarista e de maximização da riqueza, relevando o valor independente do individualismo e da livre escolha. Em verdade, aqui, são verificadas, como suporte da teoria de base, as máximas do individualismo metodológico economicista neoclássico que remonta ao utilitarismo benthamita.²¹

O ser humano busca racionalmente, portanto, a maximização de sua riqueza e de suas necessidades e o Direito, nesse ínterim, deve ser abordado sob a perspectiva da eficiência.

A Escola Neo-Institucional ou dos *Property Rights*, por sua vez, como o próprio nome indica, trata dos direitos de propriedade.

¹⁹ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4 Ed., Chicago: Little Brown and Company. 1992.

²⁰ STRINGARI, Amana Kauling. *Eficiência na administração pública brasileira: uma proposta de estudo crítico da análise econômica do direito*. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; 2012. p. 89.

²¹ GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; 1997, p. 97.

Tal perspectiva tenta prever as consequências oriundas das normas relacionadas a esses direitos, sobretudo as implicações dessas normas sob o aspecto da eficiência no tocante ao seu uso e utilidade.

Destaca-se também que os Neo-Institucionalistas:

Preconizam que a forma como são distribuídos os direitos de propriedade e os custos de transação interferem no comportamento econômico, incentivando ou obstaculizando um uso racional da propriedade. Esta perspectiva é surpreendente uma vez que se vislumbra a possibilidade de justificação do ato de infringirem-se custos a terceiros, por exemplo, no uso de uma propriedade qualquer causando externalidades prejudiciais a bens de terceiros; também, é inovadora por propiciar a tendência locativa da propriedade para as mãos mais eficientes.²²

Busca-se, desse modo, analisar como a definição dos direitos de propriedade afeta o comportamento dos indivíduos, ou seja, se tais direitos promovem incentivos ou obstáculos para o uso racional e eficiente da propriedade, admitindo-se, inclusive, a inversão do direito sobre determinada propriedade desde que houvesse utilização eficiente dela por outra pessoa.

Dada a pertinência da Escola Neo-Institucional para o presente trabalho, seus postulados serão analisados adiante com especial atenção.

A terceira Escola, denominada de *Public Choice*, estabelece ligação com a Ciência Política na medida em que estuda diversos temas de cunho político como, por exemplo, a atuação do legislador que, no exercício de sua função, almeja a sua reeleição e, para tanto, deve comportar-se de modo a agradar seus eleitores.

Assim, por exemplo, o político, ao passo que maximiza seu interesse pessoal, igualmente maximiza a satisfação de seus representados. O político precisa do eleitor e vice-versa.

Constata-se, desde já, que, embora distintas entre si, essas escolas possuem a alocação eficiente de recursos como pressuposto básico, considerando-se também a influência dos aspectos econômicos nas instituições jurídicas.

Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi afirma que:

São perspectivas que competem entre si na abordagem e na interpretação da formulação dos preceitos e de sua inter-relação com o processo legal e econômico. Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre maximizando a sua satisfação num processo racional, enquanto na Escola da *Public Choice*, o objeto é sempre maximizar a sua reputação – há inúmeros pontos de correlação, mas um só instrumental (econômico) utilizado.²³

²² GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 115.

²³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law and Economics*. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2014, p. 21.

Por fim, a Escola do *Critical Legal Studies* (CLS) desenvolve uma crítica ao discurso jurídico dominante, intentando demonstrar que o mesmo oculta desigualdades e permite a manutenção das mesmas.

Essa escola caracteriza-se pelo ataque a todo o tipo de formalismo e a recuperação das ideias marxistas sob perspectiva utópico-teorética que contraria as concepções de um Direito e um Estado dominante²⁴.

Nota-se que, apesar de serem movimentos interdisciplinares, a AED e a Escola do *Critical Legal Studies* possuem marcos teóricos diferentes, uma vez que a primeira usa os preceitos da Ciência Econômica, enquanto a segunda utiliza disciplinas da filosofia social e política, tais como o feminismo e o marxismo, tencionando reformular o Direito com o intuito de democratizar a tomada de decisões²⁵.

As correntes apresentadas demonstram superficialmente o variado campo de pesquisa desse movimento fazendo-se necessário o estudo das contribuições apresentadas pelos principais precursores teóricos que deram corpo e desenvoltura à AED.

1.3 Precursores teóricos

Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner destacam-se como os principais precursores teóricos da AED na medida em que demonstraram, cada qual a sua maneira, a possível e necessária aplicação dos princípios econômicos a diferentes áreas do Direito.

1.3.1 Guido Calabresi

Guido Calabresi nasceu na cidade italiana de Milão, mas ainda criança mudou-se para os Estados Unidos, onde estudou Direito e Economia, atuando como professor na Faculdade de Direito de Yale e como Juiz da Corte de Apelação no 2º Circuito.

²⁴ Conforme a lição de: GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 127.

²⁵ *Ibidem*, p. 127.

Sua obra inaugural, denominada *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*²⁶, tratou do instituto da responsabilidade civil sob o viés da racionalidade econômica, fazendo com que integrasse o rol de fundadores da AED.

Nesse sentido, Calabresi propõe que:

A responsabilidade civil subjetiva deveria ser substituída pela responsabilização objetiva das empresas ou por um sistema de seguro social. Isso porque ele defende que a interpretação subjetiva da responsabilidade civil cria um sistema individualizado entre ofensor e ofendido, quem desconsidera o universo de relações sociais regidas pelo mesmo princípio. Calabresi também prega que isso traria uma precaução mais eficiente por parte dos agentes envolvidos.²⁷

Nota-se que há nos estudos de Calabresi atenção especial ao custo dos acidentes, ressaltando que distintos fatores são levados em consideração nas escolhas individuais, fazendo com que as partes tomem um grau maior ou menor de cuidado na realização de atividades arriscadas.

Assim, suponha-se que um motorista atropela um pedestre tendo que arcar, por exemplo, com um prejuízo no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) (despesas médico hospitalares do acidentado). Entretanto, sabe-se que esse acidente não teria acontecido se o motorista houvesse equipado seu carro com freios novos, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Deste modo, nota-se que o benefício social da troca de freios seria de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), o que levaria o motorista a ter preferido comprar freios novos, ou seja, essa seria a solução eficiente no presente caso.²⁸

A utilização de princípios econômicos, tais como a do referido exemplo, de igual forma, racionalizaria a aplicação das leis, sendo esta a principal contribuição de Calabresi para a AED.

²⁶ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*. (1961). Faculty Scholarship Series. Paper 1979. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

²⁷ STRINGARI, Amana Kauling, *op. cit.*, p. 80-81.

²⁸ Exemplo adaptado de: BALBINOTTO NETO, Giacomo. *Direito e Economia: Leis de Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/lei-responsabilidade-civil.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

1.3.2 Ronald Coase

Outro autor de suma importância para o surgimento da AED foi Ronald H. Coase. Dentre seus memoráveis trabalhos, destaca-se a obra *The Problem of Social Cost* (O problema do Custo Social).

Esse trabalho trata de investigar o problema das “*business firms*”²⁹ que ocasionam efeitos prejudiciais para terceiros, trazendo à tona o exemplo clássico da fábrica cuja fumaça causa efeitos prejudiciais aos ocupantes de propriedades vizinhas.

Sobre o tema, Saddi e Pinheiro, fazem a seguinte indagação:

A deve ter o direito de prejudicar B e como refrear A desta ação? Para Coase, isso estava errado, porque se está lidando com o que ele denominou de “problema de natureza recíproca”. Para evitar o prejuízo de B, teria-se que infligir custo (ou atribuir responsabilidade) a A; para ele a real questão não é julgar (se houvesse uma Corte para tanto) se B deve reparar A, mas simplesmente, A poderia ser prejudicado (legalmente) por A, ou B seria permitido prejudicar A? Stigler, outro economista professor da Faculdade de Chicago, e citado por Coase, dá o exemplo de uma fábrica que polui um rio onde há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é penalizar a fábrica por dano ambiental, mas entender o que a fábrica produz que causa a poluição do rio e se este produto é mais valioso que os peixes (ou não). Ou seja, será que não seria mais eficiente para o sistema econômico que à fábrica fosse permitida esta poluição (mesmo matando os peixes do rio) já que ela gera empregos, impostos, enfim, já que é melhor e mais eficiente para a comunidade onde ela vive?³⁰

Outro exemplo interessante e real é o caso do confeitiro que, em suas atividades laborais, utiliza maquinário barulhento, perturbando o trabalho de seu vizinho médico.

Nas palavras de Coase:

Impedir um prejuízo ao médico significaria infligir um prejuízo ao confeitiro. O problema posto nesse caso era, em essência, se valeria a pena, como resultado da restrição dos métodos de produção dos quais o confeitiro poderia se utilizar, beneficiar a atividade médica ao custo da redução da oferta de produtos de confeitaria.³¹

É importante salientar que “pelo Direito tradicional não há problema no que diz respeito ao direito de propriedade que é inerente a ambos, entretanto, economicamente, ocorre o que se denomina de *externalidade*.”³²

²⁹ COASE, Ronald H. *O Problema do Custo Social*. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2014, p. 2

³⁰ PINHEIRO; SADDI, Curso de..., *op. cit.*, p. 146.

³¹ COASE, Ronald H., *op. cit.*, p. 2.

³² GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 172.

Pinheiro e Saddi afirmam que “uma externalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação”³³.

Externalidades são, portanto, os efeitos ocasionados a terceiros por atos ou decisões das quais estes não participaram, podendo ser negativas ou positivas, ou seja, se há, respectivamente, prejuízos ou benefícios para as pessoas atingidas por tais ações.

No caso do médico e do confeitiro, nota-se, que algumas decisões poderiam ser impostas, como, por exemplo, ordenar que o confeitiro indenizasse o médico a fim deste mudar-se do local, ou que instalasse isolamento acústico. Outrossim, o médico também poderia ter que indenizar os possíveis custos do confeitiro caso, este último, cessasse suas atividades.³⁴

Desse modo, verifica-se que o Teorema de Coase permite saber qual o resultado socialmente eficiente na ausência de custos de transação (ou quando estes são baixos) e com direitos de propriedade perfeitamente assinalados. Por outro lado, pode-se observar de que forma o Direito deveria ser arquitetado para que esse resultado fosse alcançado quando há custos de transação e uma assinalação imperfeita de direitos de propriedade. Nesses casos, cabe à norma delimitar os direitos de propriedade com o intuito de obter o resultado eficiente, bem como os instrumentos a utilizar, considerando que um dos envolvidos pode possuir mais informação e capacidade de implementar o resultado ideal do que o outro.³⁵ Portanto,

O Teorema de Coase parte das pressuposições de que os custos de transação são zerados; da voluntariedade da troca; do perfeito conhecimento do mercado que deve ser competitivo; de um Sistema de Justiça gratuito; de maximização de lucros dos produtores e de vantagens dos consumidores e, finalmente, de não haver efeito sobre a riqueza em função da troca.³⁶

O axioma apresentado por Coase consiste, destarte, no fato de que, quando os custos de transação são iguais a zero, o arranjo resultante da negociação entre as partes será necessariamente eficiente.

³³ PINHEIRO; SADDI, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 205.

³⁴ Nesse sentido, ver: GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ Acompanha-se a lição de: PINHEIRO; SADDI, *Direito...*, *op. cit.*, p. 104

³⁶ GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 173.

Salienta-se que “custos de transação”, na esteira econômica, são os custos inerentes, por exemplo, para se encontrar um interessado, para negociar, elaborar e discutir um contrato, contratar advogado, obter informações, os custos para se fazer cumprir o contrato, entre outros.³⁷

Nessa via, cabe destacar que a regulação extrafiscal exercida pelo Estado pode provocar mais custos do que a externalidade a qual se opõe. Por isso, Coase argumenta que a atuação estatal no domínio econômico deveria ser substituída pela autorregulação do mercado, que resolveria de maneira eficiente o problema das externalidades.³⁸

Assim, o Teorema de Coase é de suma importância para diversas áreas do Direito, eis que, num contexto de escassez de recursos, a eficiência pode ser utilizada como parâmetro hermenêutico para apreciar as situações e normas impostas. No âmbito jurídico-econômico, suas contribuições foram reconhecidas por meio do prêmio Nobel de Economia em 1991.

1.3.3 Richard Posner

Richard Allen Posner nasceu em Nova Iorque e formou-se em Direito pela Universidade de Harvard. No campo profissional, foi Juiz da 7ª Corte de Apelação dos Estados Unidos (*United States Seventh Circuit Court of Appeals*) e professor na Universidade de Chicago.

Consagrou-se como um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito em virtude de sua obra denominada *Economic Analysis of Law*, publicada em 1973, na qual aproxima a Economia a diversas áreas do Direito, como o Direito de Família, Direito Penal, Responsabilidade Civil, Direito de Propriedade, entre outros.

Posner, citado por Pinheiro e Saddi, afirma que a distribuição de justiça está intimamente ligada com a eficiência econômica nos seguintes termos:

Um segundo significado para ‘justiça’, e o mais comum, eu argumentaria, é simplesmente eficiência. Quando descrevemos injusta uma condenação sem provas, uma tomada de propriedade sem justa compensação, ou quando se falha

³⁷ Conforme ensinamentos de: PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R.P. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 06/08/2014, p. 28.

³⁸ STRINGARI, Amana Kauling, *op. cit.*, p. 77-78

em responsabilizar um motorista descuidado em responder à vítima pelos danos causados por sua negligência, podemos interpretar simplesmente que a conduta ou prática em questão *desperdiçou recursos*³⁹

O conceito de equidade, portanto confunde-se, com o conceito de eficiência e, em um ambiente onde os recursos são limitados, o ser humano atua como um maximizador racional de seus fins. Em outros termos, têm-se que “a racionalidade humana busca maximizar a utilidade das coisas em todas as áreas de sua vida, não somente na econômica”⁴⁰.

Ademais, Posner aduz que a Teoria Econômica pode demonstrar a ineficiência de algumas medidas e decisões, esclarecendo o conflito de valores e o custo de uma opção em detrimento de outra, bem como os meios através dos quais, eficientemente, uma coletividade pode solucionar seus problemas, alcançando-se uma política legislativa e judiciária eficientes⁴¹.

Percebe-se, deste modo, a importância do conceito de eficiência no estudo da Análise Econômica do Direito, motivo pelo qual ela será objeto de estudo nos tópicos seguintes.

1.4 As concepções de eficiência

Como visto, o conceito de eficiência merece destaque na teoria da Análise Econômica do Direito, sendo encontradas diferentes concepções quanto ao seu significado e modo de aplicação.

Os próprios economistas têm várias definições distintas de eficiência. Diz-se, por exemplo, que uma produção é eficiente quando não é possível obter a mesma quantidade de produção utilizando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos⁴².

³⁹ POSNER apud PINHEIRO; SADDI, *Curso de...*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁰ OLSSON, Gustavo André. *Apontamentos críticos sobre a Análise Econômica do Direito e o reflexo desta sobre a autonomia do Direito*. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000019.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2014, p. 20.

⁴¹ Conforme a lição de: GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 179.

⁴² COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª. ed., 2010, p. 38.

Pode-se afirmar também que “eficiente é a atividade econômica que obtém os melhores resultados possíveis na satisfação de necessidades individuais e coletivas segundo premissa de racionalidade.”⁴³.

Essas diferenças conceituais serão abordadas a seguir, debatendo-se as definições pertinentes.

1.4.1 A eficiência de Pareto.

Vilfredo Pareto, economista italiano, elaborou seu conceito de eficiência que pode ser visto a partir dos conceitos de melhoria e ótimo de Pareto.

Nesse diapasão, Everton das Neves Gonçalves ensina que:

Pareto apresenta dois conceitos interessantes de eficiência, conhecidos como a superioridade de Pareto e a optimalidade de Pareto. Segundo o autor, um estado de coisas P é superior a Q se, e somente se, ao mover-se de Q para P ninguém fica em pior condição do que antes e pelo menos uma pessoa melhora sua posição. Quanto à optimalidade, tem-se que um estado de coisas é ótimo, se nenhum outro estado é superior a ele, em termos de Pareto, ou seja, é a situação em que qualquer modificação com respeito a esse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo piore sua posição.

Em outras palavras, uma situação é eficiente ou ótima em termos paretianos, quando não é possível encontrar outra situação em que alguém possa ver melhorada sua posição sem que, para isso, ao menos uma outra pessoa veja-se prejudicada.⁴⁴

Pode-se afirmar, em suma, que, para Pareto, uma situação é eficiente quando não for possível encontrar um indivíduo que tenha sua situação melhorada sem que, para isso, uma outra pessoa venha a ser prejudicada, ou seja, não deveriam haver “perdedores”, mas tão somente “ganhadores”.

Bruno Salama Meyerhof, por sua vez, traz uma diferenciação entre a optimalidade de Pareto “forte” e “fraca” nos seguintes termos:

É também comum traçar uma distinção entre a otimalidade de Pareto “forte” e a otimalidade de Pareto “fraca”. A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida

⁴³ GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 52.

por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes)⁴⁵.

Em razão do critério de eficiência exposto por Pareto, Kaldor e Hicks propõem um outro modelo em adaptação àquele.

1.4.2 A eficiência de Kaldor-Hicks

Nicholas Kaldor e John Hicks (Kaldor-Hicks) conceberam um novo critério de eficiência. Conforme visto, o conceito de eficiência de Pareto baseava-se na ausência de perdedores ou prejudicados, o que, de certa forma, restringia a aplicação do referido conceito.

Visando solucionar tal questão, Kaldor-Hicks propõem que, num mundo de ganhadores e perdedores, obtém-se a Eficiência Potencial quando uma situação pode ser melhorada ainda que cause prejuízos a outrem, desde que estes possam ser de alguma forma compensados por aqueles que saíram vitoriosos.

Salama aponta que o critério de Kaldor-Hicks permite que ganhadores compensem os perdedores ainda que efetivamente não o façam, trazendo o seguinte exemplo referente a proibição de colocar grandes cartazes de propaganda na cidade de São Paulo:

A prefeitura da cidade de São Paulo, recentemente, proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disto não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (“os ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que, pelo critério de Pareto, esses perdedores teriam que ser de fato compensados de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra.⁴⁶

Para constatar a eficiência de determinado ato, deve-se, portanto, estimar o montante que o ganhador estaria disposto a pagar para beneficiar-se de determinada alteração, fazendo-se a mesma estimativa em relação à pessoa prejudicada, analisando quanto ela estaria disposta a pagar para não sofrer tal prejuízo. Assim, far-se-ia o sopesamento do total de benefícios com o total de custos. Se aquele superar este, a alteração

⁴⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof apud STRINGARI, Amana Kauling *op. cit.*, p. 97.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 100.

proposta deve ser realizada. Há, desta forma, um processo de compensação onde as utilidades subjetivas são transformadas em haveres pecuniários equivalentes aos interesses convenientes de cada agente econômico⁴⁷.

Nessa via, observa-se que o critério de de Kaldor-Hicks foi de suma importância para os estudos de Posner e, conseqüente, para a Análise Econômica do Direito, em especial por causa da regra de maximização da riqueza que foi objeto de análise minuciosa desse autor:

O critério de Kaldor-Hicks assume grande importância no estudo da LaE, uma vez que Posner, em 1977, apresentou o problema da regra de adjudicação na tomada de decisões conforme o critério citado. Assim, segundo o Mestre, um direito deve ser atribuído a quem esteja, potencialmente, em melhores condições de pagar – *willingness to pay* – por ele, o preço mais alto que compense a possível perda ou prejuízo causado.

A regra de maximização da riqueza – *wealth maximization principle* – pode ser ditada pelo critério Kaldor-Hicks de forma que seja maximizada a soma das variações patrimoniais que se produzam para os afetados de uma determinada decisão político-jurídica.

O critério também é aplicado em relação a uma análise custo – utilidade de determinada política jurídica, na medida em que a utilidade total valorada em dinheiro seja superior aos custos totais, também valorados em dinheiro, de sua implementação. Tais decisões político-jurídicas são superiores em termos paretianos, quando os custos e utilidades originam-se em um grupo e as desvantagens em outro.⁴⁸

Em razão do exposto, faz-se necessário o estudo da teoria efficientista formulado por Richard Posner.

1.4.3 Teoria efficientista de Richard Posner

A teoria de Richard Posner no tocante aos critérios de eficiência costuma ser dividida em dois momentos, uma vez que Posner dedicou-se, primeiramente, a fundamentar sua teoria sob a ótica da maximização da riqueza e, posteriormente, abandonou tal fundamentação em favor da visão pragmática do Direito.

A primeira fase da teoria de Posner encontra-se exposta de forma preponderante na obra *Economic Analysis of Law* e *Economics of Justice* (“Economia da Justiça” na versão

⁴⁷ Nesse sentido, ver: OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso de. *Aplicações da Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2014, p. 8.

⁴⁸ GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 53 – 54.

brasileira), na qual propõe que os operadores do direito devem analisar o fenômeno jurídico sob a ótica da maximização da riqueza, defendendo que as normas jurídicas serão justas se promoverem tal resultado.

A maximização da riqueza está ligada aos seguintes preceitos:

Primeiro, sua definição parte de uma base monetária. Justiça e aumento da riqueza medida em dinheiro se entrelaçam. Implícitas estão, portanto, as seguintes noções: (i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado.⁴⁹

Ademais,

A maximização da riqueza repousa sobre uma idéia de consentimento dos indivíduos como indicação do valor dos bens. Mas, como explicado acima, não é o preço de mercado a correta indicação de valor, mas sim o preço que os indivíduos estariam dispostos a pagar. A riqueza da sociedade é função do valor monetário subjetivamente atribuído aos bens e serviços, concebidos de maneira ampla.⁵⁰

Em virtude das diversas críticas recebidas em virtude dessa teoria, Posner procurou demonstrar que “a riqueza considerada por ele não é composta só por valores monetários, mas, principalmente, por valores não monetários (vida, lazer, família, liberdade)”⁵¹. Desse modo, enfatiza-se o aspecto não pecuniário da riqueza, considerada por Posner como princípio, para, então, aceitar que ela também se aplica às condutas alheias ao mercado.

Não obstante, as críticas continuaram, o que fez com que mudasse de forma considerável sua base teórica. Diante disso, em 1985, Posner publica um artigo denominado *Wealth Maximization Revisited* e, em suas próprias palavras, nos diz que:

Há alguns anos, eu publiquei um artigo em que defendi a tese de que a ‘maximização da riqueza’ estabelece uma norma atraente para escolhas sociais e políticas, tais como aquelas feitas pelos tribunais quando instados a determinar se a responsabilização civil deve estar baseada na culpa (responsabilização subjetiva) ou na própria ação (responsabilização objetiva). Este artigo deu ensejo a uma enxurrada de críticas, às quais eu respondi – sem lograr convencer a maioria dos meus críticos. Eu estou contente em poder ter a oportunidade de reconsiderar minha posição. Talvez por causa da minha nova perspectiva como juiz, eu me

⁴⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0435_0483.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014, p. 21.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁵¹ SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. *Levando os princípios a sério: eficiência como valor jurídico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2831.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

tornei um pouco mais simpático às críticas que recebi – mas apenas um pouco mais.⁵²

Um dos principais críticos à teoria eficientista de maximização da riqueza de Posner foi Ronald Dworkin que escreveu o artigo *Is Wealth a Value*, no qual questiona se a riqueza era um valor em si mesmo.

Assim, as obras que se destacam nesse contexto de reconsideração de sua teoria são: “Problemas da Filosofia do Direito”⁵³ (*The Problems of Jurisprudence*), “Para Além do Direito”⁵⁴ (*Overcoming Law*) e “Direito, Pragmatismo e Democracia”⁵⁵ (*Law, Pragmatism and Democracy*).

Percebe-se, em decorrência dessas obras, que Posner passa a defender uma teoria do direito pragmática conforme exposto a seguir em suas próprias palavras:

Vou me mostrar favorável [...] ao uso da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político. Além do mais, em minha argumentação serei favorável à objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico, das decisões legais; favorável ao balancear das virtudes do Estado de Direito às considerações equitativas e discricionárias de casos específicos; favorável a que se torne o direito mais receptivo à ciência, mas sem perder de vista o caráter irremediavelmente autoritário do direito; e favorável a uma teoria consequencialista da interpretação. Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídicos que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica; em uma palavra (ainda que, receio, inadequada), vou aqui defender uma teoria do direito pragmática.⁵⁶

Contudo, é importante mencionar que o critério de maximização da riqueza não é totalmente abandonado, uma vez que Posner permanece acolhendo sua utilidade, por meio de uma interpretação pragmática. Nesse sentido, Salama nos diz que:

O pragmatismo de Posner é uma espécie de “praticalismo”; uma “arte” de aplicar e formular o direito sem fundações filosóficas.

A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente

⁵² POSNER, Richard A. apud SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história...*, op. cit., p. 22.

⁵³ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

⁵⁴ POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

⁵⁵ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

⁵⁶ POSNER, Richard A. *Problemas de...*, op. cit., p. 37-38.

defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras.⁵⁷

Assim, o Direito para Posner não é uma ciência, mas sim resultado do pragmatismo ou praticalismo, ou seja, é produto das decisões judiciais. Fernanda Pacheco Telles, nesse diapasão, aduz que:

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa ser útil ao Direito. Descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade. Em seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

Da perspectiva pragmática, o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Posner rejeita a idéia de que o Direito esteja fundando em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica. Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas conseqüências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.⁵⁸

Posner, portanto, admitiu que, por mais que se busque sustentar a defesa das liberdades individuais com fulcro em critérios de eficiência (por exemplo, argumentando que no longo prazo o Estado Democrático de Direito estimula o desenvolvimento econômico e as liberdades individuais), haverá situações em que a repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, religiosas ou sexuais, etc. terá que ser realizada por outro meio que não a eficiência.⁵⁹

Cabe destacar que, em sua pátria, a teoria de Posner encontra terreno fértil para sua aplicação em virtude da doutrina liberal e da confiança nos alicerces do capitalismo estarem bem difundidas. Contudo, no âmbito nacional, os pensadores da AED têm procurado preencher as lacunas que ocasionalmente poderiam dificultar a utilização dessa teoria.⁶⁰

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história...*, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁸ TELES, Fernanda Pacheco. *Análise Econômica da Função Social da Empresa*. [Dissertação]. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos; 2009, p. 27.

⁵⁹ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: *Ibidem*, p. 27.

⁶⁰ STRINGARI, Amana Kauling, *op. cit.*, p. 112-113

1.4.4 Princípio da Eficiência Econômico-Social

Com fulcro nas *Economics Schools*, em âmbito nacional, encontra-se contribuição do professor Dr. Everton das Neves Gonçalves e da professora Dra. Joana Stelzer a respeito da aproximação entre o Direito e Teoria Econômica por meio da aplicação do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

Os autores afirmam que a Justiça no Direito implica na tomada de decisão que leve em consideração os questionamentos indissociáveis do PEES, tais como:

a) A inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica; b) A consideração, para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos – adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; c) O primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado; d) A apreciação do caso concreto de forma eficiente, segundo expectativas da AEDI, eliminando-se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras e; e) A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social.⁶¹

O Princípio da Eficiência Econômico-Social pode ser definido, desta forma, como um novo arranjo do Direito com a Economia, que busca, sim, a eficiência, mas o faz dentro de parâmetros delineados pelo Estado, segundo se compreende por Mínimo Ético Legal (MEL).⁶²

Em outros termos, a eficiência é um meio defendido para obter-se a harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, todavia, critérios como, por exemplo, a distributividade, justiça social, defesa do meio ambiente, erradicação do desemprego, superação dos nacionalismos, entre outros, devem ser internalizados no cálculo econométrico para a tomada de decisão jurídico-legislativa.⁶³

Desse modo:

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica torna-se possível segundo aplicação do PEES, dadas as restrições materiais, segundo se almeje a equiparação

⁶¹ GONÇALVES; STELZER. *Princípio da Eficiência...*, op. cit., p. 15.

⁶² *Ibidem*, p. 12.

⁶³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014, p. 11.

dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante tratamento equitativo aos iguais e, diferenciado aos desiguais, difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes. Falhas de mercado distorcem a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes restará prejudicada implicando injustiça em função do desperdício e da escassez fazendo urgir a ação do Estado e do Direito para organizar as relações econômico-sociais⁶⁴.

Pode-se afirmar que o PEES pugna pela essência econômica da norma que deve ser eficiente no sentido de maximizar os resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, não olvidando-se de considerar, em tal cálculo econométrico, variáveis de cunho social e temporal, uma vez que estas devem ser internalizadas a fim de que a relação custo e benefício evidencie a realidade das utilidades que se auferem, sacrificando determinados bens e serviços de outrem, observado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos na questão e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade atual e futura.⁶⁵

Conclui, assim, “pela criação e aplicação de Direito, socialmente inclusor; progressista, eficaz e eficiente; atento ao contexto econômico, político e jurídico tal como preconizado pelo Princípio da Eficiência Econômico Social.”⁶⁶

⁶⁴ GONÇALVES; STELZER, *ibidem*, p. 15-16.

⁶⁵ GONÇALVES; STELZER. *Princípio da Eficiência...*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é considerado por muitos o mais importante e o mais sólido dos direitos subjetivos, um direito real por excelência, eixo em torno do qual orbita o direito das coisas. É de suma importância para o direito, a sociologia e a economia política. Enraizando-se tanto no direito privado como no direito público.⁶⁷

Contudo, para que se entenda a aplicação dos postulados da análise econômica do direito ao direito de propriedade é necessária a análise do próprio conceito de propriedade e sua evolução histórica, uma vez que “seria impossível a análise dos problemas jurídicos sem a observância do seu desenvolvimento através dos tempos.”⁶⁸

Assim, somente por meio da pesquisa histórica da propriedade poderemos compreender a sua concepção atual.

2.1 Breve histórico da evolução da propriedade

2.1.1 A propriedade nas sociedades primitivas

Inicialmente, pode-se afirmar que as tribos primitivas eram nômades, não se consideravam “donos” da terra. Todavia, com o transcorrer do tempo, o homem passou a desenvolver a atividade agrícola, tornando-se sedentário.

De modo geral, “nas comunidades primitivas a propriedade dos meios de produção era da tribo, da coletividade, da mesma forma que a apropriação dos produtos e das condições da produção.”⁶⁹ Isso gerava efeitos na organização do processo produtivo, eis “que não necessitava de estruturas hierárquicas, ou de uma meritocracia, já que todos desempenhavam papel igualmente relevante na sociedade.”⁷⁰

⁶⁷ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

⁶⁹ FERREIRA JUNIOR, Helly Wilson Soares. *A relação entre o trabalho e educação através da análise do movimento histórico nas formações sociais primitivas e escravistas*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada8/trabalhos.html>. Acesso em: 06 de outubro de 2014, p. 3.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 3.

Posteriormente, entretanto, nota-se que o plantio passou a ser realizado por grupos menores, geralmente formados por uma ou mais famílias e, paulatinamente, a propriedade foi deixando de ser coletiva, tornando-se particular, privada – pertencente à família. Dessa forma, constata-se que “o titular da propriedade ainda não era a pessoa física, mas a *gens*, ou a família.”⁷¹

Contudo, pode-se afirmar que nem todas as sociedades primitivas apresentaram tal hegemonia no tocante ao caráter coletivo e, em seguida, particular da propriedade. Fustel de Coulanges em sua obra “A Cidade Antiga”⁷² assevera que:

Há raças que jamais chegaram a instituir entre si a propriedade privada; outras só a admitiram depois de muito tempo e a muito custo. Com efeito, não é um problema fácil, na origem das sociedades, saber se o indivíduo pode apropriar-se do solo, e estabelecer uma união tão forte entre si e uma parte da terra a ponto de poder dizer: Esta terra é minha, esta terra é como que parte de mim mesmo. Os tártaros admitem direitos de propriedade quando se trata de rebanhos, e não o compreendem quando se trata do solo. Entre os antigos germanos, de acordo com alguns autores, a terra não pertencia a ninguém; todos os anos a tribo designava a cada um de seus membros um lote para cultivar, lote que era trocado no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita, e não da terra. O mesmo acontece ainda em uma parte da raça semítica, e entre alguns povos eslavos.

Nesta via, percebe-se a existência de múltiplos modos pelos quais a propriedade era reconhecida em diversas sociedades. “É em Roma, entretanto, que se encontra a raiz histórica da propriedade”⁷³, onde pode-se estudar melhor de que maneira se deu a formação e evolução da propriedade privada tal qual conhecemos hoje.

2.1.2 A Propriedade em Roma

É sabido que a religião era um traço marcante na organização social do povo romano, influenciando, inclusive, a questão da propriedade sobre a terra.

Nesse ínterim, Isabel Vaz⁷⁴ aduz que cada família possuía os seus próprios deuses e seu próprio culto, ao qual nenhum estranho podia assistir. Desse modo, surgiu a

⁷¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: direito das coisas*. Vol. 4. 13. ed. atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

⁷² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014, p. 51.

⁷³ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁴ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 31.

necessidade de estabelecer limites, por meio de muros e cercados, que foram regulamentados através de leis. Este espaço seria consagrado ao “deus da cerca”. Se alguém pretendesse tomar para si o terreno de um vizinho, era preciso derrubar ou deslocar o muro, o que era considerado um sacrilégio, a que a tradição e as leis atribuíam penas severas.

Além disso, nota-se que o *pater familias*, o pai, exercia papel de destaque, se sobrepondo aos demais membros da família.

A propriedade, nesse primeiro momento da civilização romana, classificava-se como quirritária, sendo protegida pelo direito civil, eis que “recaía sobre bens imóveis situados em solo itálico, cujos titulares fossem cidadãos romanos,”⁷⁵ devendo ser transmitida por atos solenes.

Ademais, outro aspecto importante é que “a ordem jurídica do Estado não penetrava nos limites da *domus*, gozando a propriedade quirritária inclusive de imunidade fiscal, pois a cobrança do imposto seria uma diminuição à onipotência do chefe da família.”⁷⁶ Além disso, “para sua garantia, dispunha o proprietário da enérgica ação de reivindicação (*rei vindicatio*).”⁷⁷

O *pater*, nesta via, exercia “poder político e jurisdicional, e, naquela fase, o direito romano ainda não distinguira entre direitos civis e direitos políticos, estando a autoridade do pai identificada com a propriedade dos bens da família.”⁷⁸

Contudo, com o decorrer do tempo, percebeu-se que havia bens que fugiam dessa regulamentação, ou seja, que transferidas a terceiros de boa-fé sem a observância das solenidades necessárias, desse modo, “os pretores sentiram a necessidade de conceder uma proteção especial àqueles que, embora não sendo titulares do *dominium ex iure quiritem*, estavam na situação de verdadeiros proprietários.”⁷⁹

Nesse diapasão, surgiram as *legis actiones* criadas pelos pretores a fim de regulamentar tais situações. Esse novo tipo de propriedade, cuja fundamentação está na equidade aplicada pelos magistrados, denominou-se pretoriana ou bonitária.

⁷⁵ WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 146-147.

⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁸ WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 147

⁷⁹ WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 147

Em outras palavras, Arnold Wald afirma que:

Ao lado da propriedade quiritária, que foi perdendo sua importância, surgiu e se firmou a propriedade bonitária, ou do *jus gentium*, em que faltavam alguns dos mencionados requisitos. Apesar disso, começou esta a ser amparada pelo pretor, de tal sorte que, afinal, JUSTINIANO fundiu numa só as duas modalidades, pondo assim termo às confusões existentes e sancionando, destarte, ordem de coisa já consagrada pelo tempo.⁸⁰

Posteriormente, no entanto, “as províncias foram incorporadas ao Senado, de modo que nelas havia duas espécies de domínio – um pertencente ao Senado ou Imperador e outro fundado em concessões feitas pelas autoridades àqueles que usavam e gozavam realmente das terras.”⁸¹ Este modelo de propriedade, baseado nas concessões de terra que o Estado fazia a particulares, denominou-se de provincial.

Pode-se afirmar, portanto, que a regulamentação do direito de propriedade em Roma classificou-se em quiritária, pretoriana e provincial. Contudo, Wald aduz que:

Com a Constituição Caracala de 212, todos os habitantes do Império passaram a gozar da cidadania romana. Com Diocleciano, em 292, cessa a imunidade dos fundos itálicos. É uma manifestação do Estado romano, que retira à família a sua competência política, atrofiando os poderes do *pater* e reduzindo o direito de propriedade a sua expressão econômica. Desaparecem, na mesma época, os modos solenes de transferência da propriedade quiritária, e com Justiniano, extingue-se a distinção entre as diversas espécies de propriedade. Surge então, no direito pós-clássico, um novo conceito unitário de domínio, caracterizado pela sua exclusividade.⁸²

Esse viés exclusivo da propriedade, entretanto, não permaneceu na Idade Média em decorrência das invasões bárbaras e da respectiva queda do Império Romano do Ocidente.

2.1.3 A Propriedade na Idade Média

Na Idade Média surge o feudalismo que é o modo de produção caracterizado pela existência de um senhor feudal, geralmente um nobre, detentor da propriedade e também da jurisdição política.

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 86.

⁸¹ WALD, Arnoldo, *op. cit.*, p. 147.

⁸² *Ibidem*, p. 147.-148.

Nesse período, observa-se que a propriedade sobre as terras alterou-se substancialmente, “prevalecendo então a velha máxima feudal *nulle terre sans seigneur*”⁸³, ou seja, não havia terra sem senhor.

O caráter romanista exclusivo da propriedade, como se vê, foi abolido em detrimento de uma superposição hierárquica oriunda do direito público. Havia uma estreita relação entre o poder público e a titularidade das terras que criara uma identificação entre a soberania e a propriedade.⁸⁴

Os feudos, então, eram cedidos como usufruto condicional a alguns beneficiários que, em troca, prestavam serviços, inclusive militares. Entretanto, “com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina.”⁸⁵

Tal sistema de propriedade desapareceu do cenário jurídico com a Revolução Francesa de 1789, que aboliu os poderes dos senhores feudais e da nobreza de modo geral.

2.1.4 A propriedade na Idade Moderna

Em sucessão à Idade Média, surgiu a Idade Moderna em razão do nascimento de uma nova classe, a burguesia, que começou a ganhar preponderância tendo em vista o desenvolvimento de novas cidades e a expansão do comércio por meio das grandes navegações e a descoberta do “novo mundo”.

O pensamento liberal ganhou destaque ao opor-se ao Estado absolutista, defendendo a limitação dos poderes e funções estatais que deveriam ser regulados por meio de normas gerais, respeitando-se os direitos fundamentais do homem e, entre tais direitos, encontrava-se o direito de propriedade.

John Locke, juntamente com Barão de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, destacou-se como um dos principais teóricos da corrente liberal. Em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, Locke demonstrou que o homem é livre para aplicar seu

⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁴ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 148

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 106.

trabalho e esforço sobre a terra e, quando o faz, torna-se proprietário daquilo que produziu. Em suas palavras:

Embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros.⁸⁶

Desse modo, o pensamento liberal passou a fundamentar a propriedade na própria liberdade humana.

Nesta via, Locke desenvolveu seu raciocínio sobre a passagem do estado de natureza para o estado civil. Locke acreditava que o estado de natureza não era necessariamente um caos. Entretanto, os homens precisaram agrupar-se em sociedade com o intuito de preservar sua propriedade, uma vez que o estado de natureza era carente das seguintes condições:

Em primeiro lugar, ele carece de uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. Embora a lei da natureza seja clara e inteligível para todas as criaturas racionais, como os homens são tendenciosos em seus interesses, além de ignorantes pela falta de conhecimento deles, não estão aptos a reconhecer o valor de uma lei que eles seriam obrigados a aplicar em seus casos particulares.

Em segundo lugar, falta no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida. Como todos naquele estado são ao mesmo tempo juízes e executores da lei da natureza, e os homens são parciais no julgamento de causa própria, a paixão e a vingança se arriscam a conduzi-los a muitos excessos e violência, assim como a negligência e a indiferença podem também diminuir seu zelo nos casos de outros homens.

Em terceiro lugar, no estado de natureza freqüentemente falta poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução. Aqueles que são ofendidos por uma injustiça dificilmente se absterão de remediá-la pela força, se puderem; esta resistência muitas vezes torna o castigo perigoso e fatal para aqueles que o experimentam.⁸⁷

Desse modo, os liberais entendiam que a sociedade era regida por leis naturais que deveriam ser exteriorizadas através de leis positivas. Havia, assim, uma ordem natural na qual o homem tinha o direito de utilizar de sua propriedade, sem limitações impostas pelo Estado.

⁸⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2014, p. 47.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 69.

O contexto histórico e filosófico exposto culminou na Revolução Francesa que, então, tratou de pôr fim aos privilégios da nobreza, ressuscitando o conceito romanista de propriedade exclusiva, com um único titular.

O direito de propriedade, nesta via, foi positivado no Código Civil Francês (art. 544), também conhecido como Código Napoleônico, desligando-se do poder de jurisdição e de cobrar impostos, consagrando-se como direito civil, direito à utilização econômica do bem, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade dentro da regulamentação legal existente.⁸⁸

2.1.5 A propriedade na Idade Contemporânea

Atualmente, pode-se afirmar que “o modo pelo qual as nações tratam o direito de propriedade constitui a pedra de toque de seu regime político.”⁸⁹ Em outras palavras, a configuração do direito de propriedade em um determinado país depende substancialmente do regime político que ele adota.

Nessa senda, observa-se que, na metade do século XIX, Karl Marx apresentou severas críticas aos excessos do capitalismo nas obras “O Capital” e “Manifesto do Partido Comunista”, destacando que a propriedade privada dos meios de produção é um dos elementos da exploração do homem e das injustiças sociais, defendendo, portanto, sua abolição como se observa a seguir:

Todas as relações de propriedade foram submetidas à contínua mudança da História, à sua contínua transformação.

A Revolução Francesa, por exemplo, aboliu a propriedade feudal em benefício da propriedade burguesa.

O que distingue o comunismo não é a supressão da propriedade em geral, mas a supressão da propriedade burguesa.

Ora, a moderna propriedade burguesa é a última e mais consumada expressão da propriedade e da apropriação dos produtos baseadas em antagonismos de classe, na exploração de uns por outros.

Nesse sentido, os comunistas podem resumir suas teorias nesta única expressão: supressão da propriedade privada.⁹⁰

⁸⁸ Nesse sentido, ver: WALD, Arnaldo, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de Sueli Tomazini Barros. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 47-48.

Tais ideias de Marx inspiraram a Revolução Russa de 1917, ensejando o surgimento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Nessa época, foi promulgado o Código Agrário soviético que expressamente abolia, nos arts. 1º e 2º, a propriedade do solo, do subsolo e das florestas, que passaram a pertencer ao Estado Operário-Camponês.⁹¹ Nesse ínterim, “apenas podiam ser objeto de propriedade privada a casa, em que o cidadão vivesse com sua família, e os móveis que a guarnecessem, bem como o dinheiro e outros valores mobiliários, inclusive as economias que fizesse.”⁹²

Como é sabido, a URSS dissolveu-se oficialmente em 1991, acarretando o desmembramento de suas repúblicas.

Já nas nações ocidentais, nos países de direito latino, italiano, germânico e anglo-saxônico perdura, por sua vez, de modo geral, a propriedade privada, embora sujeita a algumas restrições, eis que se entende que ela estimula o trabalho, fomentando a produção de novas riquezas.⁹³

Assim, depois de demonstrada a evolução do conceito de propriedade e relatada sua conjuntura no cenário mundial atual, cabe dissertar sobre as peculiaridades e a evolução do direito de propriedade no contexto brasileiro.

2.2. A propriedade no ordenamento jurídico brasileiro

Neste tópico será estudada a evolução do direito de propriedade no âmbito jurídico nacional. Para que se entenda tal instituto, faz-se essencial uma breve análise da questão fundiária no Brasil colonial.

2.2.1 A propriedade no Brasil Colônia

O período colonial foi de grande turbulência para o Brasil. Nele iniciou-se o povoamento de nosso território por diversas etnias que aqui chegavam para servir de mão-

⁹¹ Conforme MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 87.

⁹² *Ibidem*, p. 87.

⁹³ Nesse sentido, acompanha-se a lição de MONTEIRO. *Ibidem*, p. 86.

de-obra para a Coroa Portuguesa, movimentando a economia e atendendo as necessidades de consumo europeias.

Historicamente, observa-se que a primeira regulamentação da propriedade no Brasil ocorreu em 1530 com a implantação do Regime Sesmarialista,⁹⁴ que já existia em Portugal desde 1375 com o escopo de estimular a produtividade da pequena propriedade. Referido regime dispunha que “o proprietário que não lavrasse suas terras deveria cedê-las a quem quisesse fazê-lo.”⁹⁵

Contudo, a transposição do modelo Sesmarialista português à realidade colonial brasileira “não foi precedida de qualquer análise, ainda que superficial, o que acarretou a deturpação e o fracasso do Regime de Sesmarias no território nacional.”⁹⁶

De igual forma, o sistema das Capitanias Hereditárias, introduzido em 1548, que consistia na divisão do território brasileiro entre 12 particulares, geralmente nobres que ficavam encarregados de administrá-las e defendê-las, também não prosperou, logrando êxito apenas as capitanias de São Vicente e Pernambuco.

Ainda no período colonial, surgiu o Regime de Posse de Terras Devolutas que consistia na aquisição da propriedade por meio da posse de terras que não estavam sob os cuidados do poder público ou que não pertenciam a nenhum particular. Gerou-se, desse modo, “uma profunda instabilidade, pois não mais se concediam sesmarias, passando a ser regra a invasão e o conflito”⁹⁷ para se adquirir territórios.

Essa situação, contudo, alterou-se com a Independência do Brasil, proclamada em 1822, eis que ocasionou diversas alterações no contexto político e jurídico brasileiro, ensejando a criação da primeira Constituição brasileira - a Constituição Imperial de 1824. A partir desse momento, o direito de propriedade passou a ganhar grande destaque, motivo pelo qual será exposta a regulamentação desse direito nessa e nas Constituições seguintes, bem como nos Códigos Civis.

⁹⁴ Sesmarias são porções de terra distribuídas pela Coroa Portuguesa.

⁹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. A propriedade rural na nova Constituição. In.: *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 135.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 136.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 137.

2.2.1 O direito de propriedade nas Constituições do Brasil

No tocante à propriedade, nota-se que a Constituição Imperial de 1824, no art. 179, garantia a propriedade em sua completude, exceto nas hipóteses de necessidade de utilização do bem particular pelo “bem público”, cabendo indenização prévia ao prejudicado nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.⁹⁸

A Proclamação da República Brasileira em 1889 pôs fim ao período imperial e, consequentemente, à monarquia parlamentarista, ensejando a promulgação de uma nova Constituição que ocorreu em 1891. Desse modo, nota-se que a Constituição Republicana (art. 72, §17) trouxe uma importante modificação com relação à Constituição Imperial, destacando a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia conforme exposto a seguir:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.⁹⁹

É interessante observar que a segunda parte do §17 do art. 72 dispõe a respeito das minas que, como visto, pertenciam aos proprietários do solo. Contudo essa redação foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 3 de setembro de 1926.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

⁹⁹BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

A crise da República Velha, o enfraquecimento das oligarquias e o descontentamento com a política do *café com leite*, que culminaram no governo provisório de Getúlio Vargas, bem como os acontecimentos ocorridos em 1932, que pugnavam pela redemocratização do Brasil, foram substanciais para a promulgação da Constituição de 1934.

Referido diploma legal inovou em alguns aspectos ao firmar, por exemplo, que o direito de propriedade não podia ser exercido contra o interesse social ou coletivo e a ao permitir o uso da propriedade particular pelas autoridades competentes em caso de perigo iminente, ressaltando o direito a indenização ulterior como nota-se a seguir:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressaltado o direito à indenização ulterior.¹⁰⁰

Essa Constituição vigeu durante um curto período, já que em 1937 foi outorgada uma nova Constituição em razão da instalação do período conhecido como Estado Novo. Referido diploma legal não trouxe mudanças ampliativas no âmbito do direito de propriedade, pelo contrário, partes do texto constitucional de 1934 foram suprimidas como, por exemplo, a questão do exercício do direito de propriedade em consonância com o interesse social:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularém o exercício;¹⁰¹

O fim do Estado Novo e a realização de novas eleições presidenciais ensejaram a promulgação da Constituição de 1946 que dispôs que:

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.¹⁰²

Ademais, o art. 147, inserido no título V, tratou de disciplinar a ordem econômica e social, condicionando o uso da propriedade ao bem-estar social, possibilitando, também, a justa distribuição da propriedade nos seguintes termos:

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.¹⁰³

Trinta anos após a outorga da Constituição de 1937, surge a Constituição de 1967 imposta pelo Regime Militar que estabeleceu o seguinte:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(..)

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.¹⁰⁴

Apesar de restringir boa parte dos direitos individuais e fundamentais, nota-se que essa Constituição foi a primeira a introduzir a função social da propriedade como princípio da ordem econômica no art. 157:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;¹⁰⁵

¹⁰²BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Além disso, é importante destacar que a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, apesar de alterar substancialmente a Constituição de 1967, não modificou os termos dos artigos que dispunham sobre a propriedade.

O fim da ditadura militar e o processo de abertura política foram motivos essenciais para a promulgação, em 1988, da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), que elevou, em seu art. 5º, alguns aspectos da propriedade à categoria de direitos e garantias individuais dos cidadãos, sendo, portanto, cláusulas pétreas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Dentro do Título destinado à Ordem Econômica e Financeira há outras questões que merecem ser destacadas. À guisa de exemplo, o art. 170 dispõe que devem ser observados alguns princípios, tais como a propriedade privada e a função social da propriedade, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;¹⁰⁶

Em decorrência do referido dispositivo, aduz-se que o direito de propriedade, na concepção constitucional atual, está atrelado à concepção filosófica neoliberal, já que é inerente ao homem como direito tendente a garantir a consecução de seus fins. Porém, o

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

exercício de tal direito subordina-se aos limites impostos pelo legislador em razão do interesse social, sacrificando-se, por vezes, interesses individuais, como na hipótese de uso público de bem particular.¹⁰⁷

A propriedade privada, portanto, deve ser contemplada sob a ótica principiológica constitucional.

Nesse diapasão, cabe salientar que a CRFB/88 prevê categoricamente a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária de imóveis rurais que não atendam a sua função social:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.¹⁰⁸

Não obstante, verifica-se que é insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e a média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva:

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.¹⁰⁹

O art. 186, nessa via, estabelece os requisitos da função social da propriedade rural que estão relacionados ao uso adequado dos recursos naturais, a observância da legislação trabalhista e ao favorecimento do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

¹⁰⁷ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos Reais na Constituição de 1988*. In.: A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.¹¹⁰

Já a função social da propriedade urbana é cumprida quando são satisfeitos os ditames relativos à ordenação da cidade previstos em seu plano diretor, facultando-se ao Poder Público municipal a exigência em face do proprietário do solo urbano para que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo; desapropriação com pagamentos mediante títulos da dívida pública (art. 182, CRFB/88).

Assim, diante do exposto, é notável a evolução da propriedade e da teoria da função social, inclusive dentre os princípios basilares da ordem econômica.

2.2.3 O Conceito de propriedade nos Códigos Civis

Além da regulamentação constitucional exposta, verifica-se que a propriedade é disciplinada também no âmbito infraconstitucional, especialmente na legislação civilista.

Nesse sentido, nota-se que o atual Código Civil brasileiro foi promulgado em 2002, substituindo o Código Civil de 1916.

Em relação ao antigo Código Civil de 1916, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmam¹¹¹ que o mesmo possuía marcas do liberalismo, conferindo preponderância às situações patrimoniais, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Através do absolutismo da propriedade e da liberdade de realizar contratos seria possível o acúmulo de riquezas que, posteriormente, seriam repassadas aos filhos legítimos, na conjuntura de uma família essencialmente patrimonializada.

O conceito de propriedade, nesse ínterim, estava previsto no art. 524, *caput*, do Código Civil de 1916 que dispunha:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.¹¹²

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 197-198.

¹¹² BRASIL. Código Civil (1916). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

Pode-se extrair do teor desse artigo os pilares básicos do direito de propriedade: o *Jus Utendi*, *Jus Fruendi* e *Jus Abutendi*, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor dos bens.

Washington de Barros Monteiro,¹¹³ em razão do exposto, aduz que o direito de usar engloba o de requerer da propriedade todos os insumos que ela pode oferecer, o direito de gozar resume-se em fazer frutificar a coisa, tomando-o para si os seus produtos e o direito de dispor, que na visão do autor é considerado o mais importante dos três, refere-se ao poder de consumir a coisa, de vendê-la, de gravá-la de ônus.

Nesse diapasão, é importante destacar que o Código Civil de 2002, igualmente, reproduz, em seu art. 1.228, o conceito do Código anterior, mas inova ao trazer algumas delimitações ao exercício do direito de propriedade:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.¹¹⁴

Em decorrência desse dispositivo, percebe-se, em síntese, que o direito de propriedade deve estar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, preservando-se meio ambiente e proibindo-se os atos que não trazem ao proprietário qualquer benefício e que são efetuados com a finalidade de prejudicar outrem.

¹¹³ MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴ BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

Ademais, o Código Civil hodierno regulamenta uma série de questões relativas ao direito de propriedade em vários outros dispositivos.

Dentre eles, pode-se destacar, por exemplo, os modos de aquisição da propriedade imóvel, como, por exemplo a usucapião (art. 1.238 a 1.244) que decorre da posse prolongada através do tempo; por outro lado, o referido diploma legal regula também a perda da propriedade (art. 1.275 a 1.276) que pode acontecer em razão da alienação, pela renúncia, por abandono, pelo perecimento da coisa ou por desapropriação (art. 1.275); disciplina-se amplamente os direitos de vizinhança (art. 1.277 a 1.313), coibindo-se o uso anormal da propriedade quando, por ventura, houver interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos moradores vizinhos (art. 1.277), bem como prescreve normas com relação às árvores limítrofes (art. 1.282 a 1.284), à passagem forçada (art. 1.285), ao direito de construir (art. 1.299 a 1.313), etc.

Diante de tais dispositivos, é evidente que o direito de propriedade deve ser visto como um conjunto de obrigações do proprietário perante a sociedade em que vive, não podendo ser usado de forma ilimitada.

Nesse diapasão,

Cumpramos visualizar um Direito Civil constitucional, no qual princípios de caráter superior e vinculante criam uma nova mentalidade, erigindo como direitos fundamentais do ser humano a tutela de sua vida e de sua dignidade. Essas normas de grande generalidade e grau de abstração impõem inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas. Os limites da atividade econômica e a função social dos direitos subjetivos passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos essenciais do ser humano.¹¹⁵

Verifica-se que, portanto, que ao analisarmos o direito de propriedade já não podemos fazê-lo à luz apenas do direito privado, posto que existem interesses públicos maiores que implicam em restrições sobre o mesmo em diversos ramos da seara jurídica e também em outras áreas da ciência como, por exemplo, a Economia.

É justamente essa interação entre o direito de propriedade e os postulados da Ciência Econômica que serão abordados no próximo capítulo.

¹¹⁵ ROSENVALD; FARIAS, *op. cit.*, p. 234.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A análise econômica do direito de propriedade é um dos primeiros campos de pesquisa da disciplina Direito e Economia. É a partir de como é regulamentado o direito de propriedade que um povo reconhece que determinada coisa pertence a um indivíduo e não a outro e, por meio dele, é definido também o grau de liberdade que o proprietário terá para dispor de seus bens. Assim, ter a propriedade sobre um bem é pressuposto anterior e indispensável para que indivíduo possa negociar esse bem ou contratar com outros.¹¹⁶

Nesse diapasão, é importante observar que “os direitos de propriedade especificam normas comportamentais com relação àquilo que cada um precisa observar na interação com os outros ou o castigo por sua não observância.”¹¹⁷

Assim, “o sistema preponderante dos direitos de propriedade é, por conseguinte, o conjunto das relações econômicas e sociais, onde se estabelece a posição de cada indivíduo no que diz respeito à utilização dos recursos escassos.”¹¹⁸ Em outros termos, “o direito de propriedade fornece a estrutura jurídica para a alocação de recursos e a distribuição da riqueza.”¹¹⁹

Essa disciplina, portanto, “não tem como objetivo a definição de direito de propriedade em sentido valorativo, mas o seu efeito para aquela sociedade e também a sua conexão com o crescimento econômico.”¹²⁰

Consoante o exposto no primeiro capítulo deste trabalho, sabe-se que a AED considera os indivíduos (agentes econômicos) como racionais maximizadores de seu próprio bem-estar. No entanto sabe-se também que os recursos para atender as necessidades humanas são limitados. E m razão disso, Frank H. Stephen afirma que:

Na ausência de direitos de propriedade bem definidos, o destino dos recursos seria determinado na base do “chegou primeiro é servido primeiro” (ou, melhor, o direito está baseado no poder). Entretanto, sem meios para fazer valer os direitos de propriedade, um agricultor poderia se deparar com o gado de outra pessoa solto em seu campo, comendo sua colheita; uma terceira pessoa poderia matar esse gado para obter alimento etc. O caos.¹²¹

¹¹⁶ Nesse sentido, acompanha-se a lição de: VERA, Flávia Santinoni. *A Análise Econômica da Propriedade*. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

¹¹⁷ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Tradução Neusa Vitale; Revisão técnica Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 11

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 11-12.

¹¹⁹ COOTER; ULLEN, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁰ VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 202.

¹²¹ STEPHEN, Frank H, *op. cit.*, p. 12.

O caos, nessa via, é resultado da ausência ou da obscuridade na definição de regras para a propriedade.

Essas questões e também outros importantes aspectos relativos ao direito de propriedade serão abordados nesse capítulo sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

3.1 Propriedade e Eficiência

3.1.1. Propriedade privada *versus* propriedade comunitária

O Brasil, tal qual a maioria dos países, adota expressamente (art. 170, II, da CF) o sistema de propriedade privada, considerando-o princípio da Ordem Econômica que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da CRFB/88).

Embora a definição dos direitos de propriedade não exija que os recursos sejam alocados como propriedade privada, verifica-se que muitos economistas chegaram a essa conclusão em virtude das suposições feitas a respeito da motivação, eis que direitos bem definidos da propriedade privada seriam “superiores” aos direitos da propriedade comunitária ou pública. Tal “superioridade estaria, por sua vez, definida em termos de eficiência em virtude das motivações individuais.¹²²

Nesse contexto, os economistas conjecturam que as pessoas são motivadas para maximizar seus objetivos (satisfação ou bem-estar), ou seja, elas geralmente “se apoderam” de um bem motivados pelo autointeresse.¹²³

Destarte, “se um indivíduo não possui um lote de terra (no sentido de ter um interesse legal sobre ele), presume-se que ele não terá interesse em mantê-lo produtivo além do tempo durante o qual o usará.¹²⁴ Desse modo, “ele não aplicará os nutrientes adequados

¹²² Conforme a lição de Frank H. Stephen: *Ibidem*, p. 12-13.

¹²³ *Ibidem*, p. 13.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 13.

na terra nem usará apropriadamente as rotações da colheita. Ao contrário, tirará da terra o que puder e, em troca, aplicará nela o menos possível.”¹²⁵

Ainda com relação às motivações do indivíduo, pode-se extrair da obra “A tragédia dos comuns”¹²⁶, escrita em 1968 por Garrett Hardin, interessante contribuição acerca dos problemas que surgem acerca do uso de um bem comum.

Nesse diapasão, o autor desenvolve sua teoria utilizando como exemplo uma pastagem aberta e explorada por todos que, em princípio, poderia funcionar de forma razoavelmente satisfatória, desde que o número de indivíduos e animais ficasse bem abaixo da capacidade de suporte da terra.

Contudo, chegaria o dia em que, racionalmente, cada vaqueiro desejaria maximizar seu ganho e concluiria que para isso acontecer deveria inserir mais uma vaca naquele pasto e, sucessivamente, mais outra e outra. A tragédia, portanto, estaria por vir, pois, se cada indivíduo aumentasse seu rebanho, logo ocorreria o esgotamento dos recursos naturais e, assim, todos sairiam perdedores.

Dessa forma, em síntese, Hardin apresenta um estudo sobre o comportamento humano, expondo que a maioria dos indivíduos, ao usufruírem de um bem comum, farão o mínimo de esforço para preservá-lo e, concomitantemente, tentaram auferir o máximo de vantagem daquele bem.

Robert Cooter e Thomas Ulen distinguem muito bem os aspectos relativos à propriedade privada e à propriedade pública nos seguintes termos:

A propriedade privada atribui cada recurso a uma pessoa que o possui, e o dono pode controlar o acesso excluindo outras pessoas. Os proprietários privados têm de arcar com o custo da manutenção dos limites. A propriedade privada funciona bem quando as funções de produção e utilidade são separáveis ou as externalidades afetam poucas pessoas que podem negociar umas com as outras. A propriedade pública tem três formas. Em primeiro lugar, o acesso aberto permite a todo mundo usar um recurso, e ninguém pode excluir outra pessoa de usá-lo. Não se gasta nada em manutenção de limites. O acesso aberto funciona bem quando o recurso não está congestionado, mas o congestionamento causa um trágico uso excessivo. Em segundo lugar, o controle político permite aos legisladores ou reguladores impor regras referentes ao acesso. O acesso limitado é a regra mais comum para a propriedade do Estado, incluindo terras públicas. Em terceiro lugar, o oposto do acesso aberto é o consentimento unânime, que não permite o acesso a ninguém a menos que todo mundo concorde. A necessidade de consentimento unânime entre múltiplos proprietários causa uma trágica subutilização. Em circunstâncias

¹²⁵ *Ibidem*, p. 13.

¹²⁶ HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. Disponível em: <<http://dieoff.org/page95.htm>>. Acesso em: 18 de outubro de 2014.

especiais em que o objetivo é preservar um recurso em seu estado não usado, a subutilização é um acaso feliz, e não uma tragédia.¹²⁷

Diante do exposto, observa-se que a propriedade privada e a propriedade pública possuem diferenças entre si, porém, de modo geral, verifica-se que a primeira seria a alternativa eficiente em um mundo de recursos escassos.

Isso acontece, segundo os economistas, porque na propriedade comunitária o indivíduo não terá garantida uma recompensa justa mesmo incidindo em vários custos. Tal cenário seria diferente se houvesse algo que recompensasse o indivíduo por esses custos, proporcionando alguma forma de direito de propriedade.¹²⁸

O indivíduo deve, portanto, ter algum motivo ou interesse sobre a propriedade, pois:

Se um indivíduo fosse meramente compensado pelos custos acarretados, teria somente um limitado incentivo para realizar o esforço. Se ele estivesse tendo algum lucro, ou seja, obtendo um retorno comparável àquele que obteria gastando os mesmos recursos (de tempo e dinheiro) em seu próximo melhor uso, ele poderia ter algum incentivo para fazê-lo. Assim, argumenta-se que o modo de assegurar o uso eficiente da terra (ou de sua propriedade) é dar um interesse perpétuo nela.¹²⁹

É desse modo que nasce o conceito econômico de propriedade que estipula condições necessárias para a obtenção da eficiência relacionada com os direitos de propriedade.

3.1.2. Conceito econômico de propriedade

É preciso dar um interesse duradouro sobre a propriedade para que seu uso seja eficiente. Esse interesse, segundo Frank H. Stephen, decorre de três condições: transferibilidade, exclusividade e universalidade.

A transferência consiste na possibilidade de transferir a propriedade para outrem, através da venda, por exemplo.

Caso houvesse a possibilidade de transferir a propriedade, notar-se-ia, por exemplo, que um fazendeiro não faria apenas um bom uso atual da propriedade, mas também

¹²⁷ COOTER; ULLEN, *op. cit.*, p. 159.

¹²⁸ Acompanha-se, desse modo, a lição de: STEPHEN, Frank H, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 13.

seria incentivado a manter essa produtividade da terra no futuro. Desse modo, ele estaria motivado a suportar despesas em investimentos (aplicação de insumos no solo, construção de canais, instalação de cercas, etc) e, portanto, comportar-se-ia como se fosse cultivar a terra perpetuamente, eis que ele ou seus herdeiros poderiam capitalizar os lucros obtidos de tais despesas vendendo o direito sobre a propriedade.¹³⁰

Contudo, é importante destacar que “a transferibilidade é uma condição necessária para alcançar a eficiência, mas não uma condição suficiente.”¹³¹

Para que isso fosse possível, primeiramente, a transferência deveria ser facilmente realizada. Porém, se os custos da transação forem elevados, não será incentivadora tal prática. Em segundo lugar, a transferência não seria compensadora se não houvesse também um direito de exclusividade, ou seja, o direito de propriedade precisaria assegurar o uso exclusivo da terra, porquanto alguém mais poderia aproveitar-se dos benefícios de sua utilização sem arcar com as despesas.¹³²

A exclusividade, portanto, promoveria a eficiência, pois, se alguém quiser usar a terra, terá de comprar esse direito daquele que o tem. Essa condição seria aplicada a todos, sem exceção, inclusive ao Estado. Assim, “para que os recursos sejam eficientemente alocados, alguém precisa ter direitos exclusivos e transferíveis sobre a terra.”¹³³

A universalidade, por seu turno, se refere à aplicabilidade do direito de propriedade, eis que, se um fazendeiro possui um certo direito sobre a sua propriedade, todos os demais fazendeiros também devem ter esse direito sobre suas respectivas propriedades.

Essas três condições em conjunto “garantem que todos os recursos sejam usados eficientemente ou, melhor, em seu uso de maior lucratividade, porque é onde o indivíduo recebe a maior retribuição.”¹³⁴

Entretanto, é importante destacar que essas condições nem sempre se aplicam em sua integralidade, pois alguns recursos como, por exemplo, a luz solar e o ar atmosférico, não podem ser alocados dessa maneira. Nesses tipos de recurso irá faltar ao menos uma das condições apresentadas.

¹³⁰ Conforme ensina Frank H. Stephen: *Ibidem*, p. 13.

¹³¹ *Ibidem*, p. 13.

¹³² Nesse sentido, ver a lição de Frank H. Stephen: *Ibidem*, p. 13-14.

¹³³ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 14.

Isso acontece porque “não podemos alocar para os indivíduos os direitos de propriedade sobre o ar por uma razão simples: ele está em constante movimento. Ninguém pode possuí-lo e todos podem usá-lo, ninguém tem incentivo para usá-lo eficientemente.”¹³⁵

Sob a ótica jurídica, Maria Helena Diniz assevera que:

Nem todos os bens interessam ao direito das coisas, pois o homem só se apropria de bens úteis à satisfação de suas necessidades. De maneira que se o que ele procura for uma coisa inesgotável ou extremamente abundante, destinada ao uso da comunidade, como a luz solar, o ar atmosférico, a água do mar etc., não há motivo para que esse bem seja regulado por norma de direito, por que não há nenhum interesse econômico em controlá-lo.¹³⁶

Diante dessa afirmação, nota-se que os recursos abundantes não são objeto de estudo do direito, não sendo considerados, portanto, bens. Ademais, também não interessam à Ciência Econômica, uma vez que essa área do conhecimento, como já visto, preocupa-se com os recursos escassos.

Não obstante, embora não sejam considerados bens na acepção jurídica, é importante salientar que tais recursos são tutelados por normas quando há o uso indiscriminado deles como, por exemplo, a poluição atmosférica.

Nesse diapasão, tendo em vista que as condições necessárias para a obtenção de eficiência foram apresentadas, cabe dissertar acerca da teoria conhecida como Teoria das Negociações ou Teoria da Barganha, eis que essa teoria guarda consigo forte relação com tais condições e com a análise econômica do direito de propriedade.

3.2. Teoria das Negociações (*Bargaining Theory*)

A Teoria das Negociações ou Teoria da Barganha, que deriva da teoria dos jogos¹³⁷, é essencial para o desenvolvimento da teoria econômica do direito de propriedade.¹³⁸

¹³⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁷ “Teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros.”. HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 115.

¹³⁸ Acompanha-se, nesse sentido, a lição de: VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 206.

Sabe, nesse diapasão, que a propriedade sobre um bem e a possibilidade de transferi-lo para alguém é uma condição necessária para a realização de trocas.

Tais trocas geralmente acontecem através da compra e venda provocando “a circulação de bens, dos indivíduos que os valorizam menos para os indivíduos que os valorizam mais”¹³⁹.

Em decorrência disso, a troca gera sempre um valor adicionado, em outras palavras, provoca um ganho não apenas entre as partes que realizaram a transação, mas para toda a sociedade de modo geral. Por isso, costuma-se afirmar que “a Teoria das Negociações fundamenta-se em jogos cooperativos baseados na confiança e a decorrente ideia do benefício das trocas (do valor adicionado gerado).”¹⁴⁰

Simplex exemplos, como a compra e venda de um carro, podem demonstrar como a Teoria das Negociações funciona na realidade.

Suponhamos¹⁴¹, portanto, que Fernanda tenha um fusquinha velho, ano de fabricação 1965. O prazer de possuir e dirigir esse carro para ela vale R\$ 3.000,00. Rodrigo, por sua vez, é um colecionador de carros antigos, que acabara de receber R\$ 5.000,00 de herança, e adoraria ter o fusquinha velho de Fernanda em sua coleção. Para tanto, resolve comprar o carro. Após fazer uma avaliação mecânica, Rodrigo deduz que o carro vale para ele R\$ 4.000,00.

Assim, verifica-se que a negociação é possível, uma vez que o carro está com alguém que o valoriza menos (Fernanda) e pode ser transacionado para alguém que o valoriza mais (Rodrigo).

Durante essa negociação, as partes podem expor fatos (“O motor está funcionando bem”), apelar a normas, negociar (“não venderei por menos de R\$ 3.000,00), entre outras coisas.¹⁴²

Contudo, se Fernanda e Rodrigo falharem e não cooperarem, ou seja, não anuírem num valor, a troca de dinheiro por carro não irá ocorrer. Fernanda permanecerá com o carro e Rodrigo com o dinheiro, que poderá ser gasto com outra coisa, inclusive com outro carro. Nesse caso, os valores iniciais permanecerão intactos e a soma desse jogo sem troca

¹³⁹ *Ibidem*, p. 206.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 206.

¹⁴¹ Adaptação ao exemplo de VERA. *Ibidem*, p. 206-208.

¹⁴² COOTER; ULLEN, *op. cit.*, p.93.

ficará em R\$ 8.000,00 (R\$ 5.000,00 referente ao dinheiro que Rodrigo possui + R\$ 3.000,00 que é o valor que Fernanda aceitaria receber).¹⁴³

Entretanto, ao tentar a negociação e havendo um acordo razoável decorrente de técnicas de persuasão e negociação, a troca pode lograr êxito. Assim, pode-se sugerir o valor intermediário do negócio em R\$ 3.500,00 e as partes, desse modo, ganhariam parcelas iguais, pois Rodrigo economizaria R\$ 500,00 e Fernanda, por sua vez, ganharia nessa troca R\$ 500,00 em relação aos valores que cada um estava disposto inicialmente a pagar e a receber.

Verifica-se, portanto, que Rodrigo terá um saldo de R\$ 1.500,00 (R\$ 5.000,00 - R\$ 3.500,00) e um automóvel que para ele vale R\$ 4.000,00, destarte, têm-se um valor de R\$ 5.500,00 (R\$ 1.500,00 + R\$ 4.000,00). Fernanda, por seu turno, terá a quantia de R\$ 3.500,00. O montante dos valores das partes após a transação é de R\$ 9.000,00 (R\$ 5.500,00 + R\$ 3.500,00).¹⁴⁴

É importante destacar que o valor adicionado permanecerá independentemente do valor da venda. Assim, supondo que Fernanda seja excelente negociadora e venda seu fusquinha por R\$ 3.999,00. Após o negócio, ela terá R\$ 3.999,00 em dinheiro e Rodrigo R\$ 5.001,00 (R\$ 1.001,00 em dinheiro + R\$ 4.000,00, que é quanto o fusquinha vale para ele). Somando-se tais valores, obter-se-ia os mesmos R\$ 9.000,00.¹⁴⁵

Constata-se, nesse ínterim, que o resultado da não cooperação e o valor final quando há a negociação são diferentes. No primeiro caso, ou seja, sem a troca, temos, como visto, o valor de R\$ 8.000,00. Já no segundo caso, quando a troca efetivamente ocorre, o valor total é de R\$ 9.000,00. Dessa forma, houve um enriquecimento de ambos de R\$ 1.000,00 que é, portanto, o valor adicionado.

Encontra-se aí a importância do valor adicionado para a teoria econômica da propriedade, pois ela demonstra como as partes enriquecem com as transações. Além disso, quanto mais os indivíduos transacionam, mais a sociedade se enriquece. O Estado, desse modo, possui a função primordial de facilitar as trocas. À guisa de exemplo, o Estado deve impor normas a respeito da mínima divulgação de informações entre o comprador e o vendedor (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à redução de taxas de

¹⁴³ Conforme a lição de: VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 207.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 207.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 207.

transferências e dos registros público, sanções em face do não cumprimento do contrato, entre outras.¹⁴⁶

Percebe-se, nesse diapasão, que o Teorema de Coase, exposto no Capítulo 1 deste trabalho, correlaciona-se com Teoria das Negociações na medida em que sustenta que os custos de transação devem ser iguais a zero (não pode haver empecilhos para as transações), que as trocas devem ocorrer de forma voluntária e que os direitos de propriedade devem ser bem definidos (com o intuito de facilitar as trocas).

Essa função da análise econômica do direito conectada à redução dos custos de transação, entretanto, não significa a “absolutização” do direito de propriedade, pois o mesmo está condicionado a alguns requisitos impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁷

Em decorrência disso, no próximo tópico, serão analisados aspectos da regulamentação do direito de propriedade no Brasil com o intuito de verificar se, de modo geral, eles estão bem definidos, se a eficiência é um valor protegido pelo legislador e se há outros valores a serem observados no cálculo econométrico.

3.3. Análise econômica do direito de propriedade no Brasil

A AED, como visto, é um movimento interdisciplinar que nasceu nos Estados Unidos e que sustenta a aplicação dos postulados da Ciência Econômica na seara jurídica. Destacou-se também que o direito de propriedade é objeto de estudo de todas as vertentes da Escola Direito e Economia, mas é na escola Neo-Institucional que esse direito é estudado com maior ênfase.

Nesse passo, também foi exposto que o nosso ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que garante a propriedade privada, prevê que ela deve ser exercida de acordo com sua função social. Ademais, verificou-se que também há outras limitações a esse direito em razão do interesse social que, em determinados casos, prepondera-se sobre os interesses individuais.

¹⁴⁶ Acompanha-se, nesse sentido, a lição de: VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 208.

¹⁴⁷ Conforme afirma: LIMA, Elisberg Francisco Bessa, *op. cit.*, p. 93.

Pretende-se demonstrar que a escola da Análise Econômica do Direito nos permite refletir e compreender alguns institutos decorrentes da adjudicação dos direitos de propriedade tal qual previstos no Brasil e as consequências comportamentais que eles podem gerar sobre as escolhas dos agentes econômicos.

3.3.1 Análise Econômica da interferência do Estado na propriedade privada

Primeiramente, resta claro que a garantia ao direito de propriedade privada com os respectivos atributos de usar, gozar e dispor da mesma está em consonância com o conceito econômico de propriedade anteriormente exposto, já que permite a transferibilidade, exclusividade e universalidade.

Entretanto, é sabido que o Ordenamento Jurídico Brasileiro garante a todos o direito de propriedade, mas o faz condicionando a uma série de requisitos de modo que o titular use o bem não pensando apenas no aspecto individual, mas também na sentido coletivo.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A propriedade, como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, e cujo desmembramento implica a constituição de direitos reais parciais, evoluiu do sentido individual para o social.¹⁴⁸

Com efeito, verifica-se que ordenamento jurídico é marcadamente social, admitindo, explícita ou implicitamente, diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada, tais como as limitações administrativas, o tombamento e a desapropriação.

As limitações administrativas são imposições de caráter geral feitas pelo Poder Público a proprietários indeterminados que criam obrigações de fazer ou de deixar de fazer alguma coisa com o intuito de beneficiar a coletividade ou para que a propriedade em questão atenda sua função social. Encontram-se em número expressivo no Ordenamento Jurídico Pátrio, especialmente em leis esparsas.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 130.

São exemplos de limitações administrativas: a obrigação de edificar com um recuo em relação à propriedade adjacente; a proibição de desmatar determinada porção da área de cada propriedade rural; a proibição de edificar acima do limite de pavimentos permitido pelo plano diretor municipal, entre outras.¹⁴⁹

O tombamento, por sua vez, é uma limitação permanente ao direito de propriedade com vista a proteger o patrimônio cultural, artístico, arqueológico, histórico, paisagístico e científico brasileiro. Encontra-se expressamente autorizado no art. 216, § 1º, da CRFB /88¹⁵⁰ e impõe uma série de restrições ao proprietário como, por exemplo, a proibição de “destruir, demolir ou mutilar o bem tombado.”¹⁵¹

Por seu turno, como visto no capítulo anterior, a desapropriação é o procedimento pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de outrem com fulcro na utilidade pública, necessidade pública ou de interesse social. Ocorre mediante o pagamento de justa e prévia indenização consoante o art. 5º, XXIV, da CRFB/88.

A desapropriação por utilidade pública acontece quando a transferência do bem particular é conveniente para o Poder Público como nos casos de desapropriação para a construção de uma escola. Já necessidade pública provém de situações de emergência, onde faz-se necessária a transferência de bens de terceiro para o Poder Público. É a hipótese de desapropriação imediata de estoques de alimentos para combater as consequências de uma situação de calamidade pública. Por fim, a desapropriação por interesse social resulta da exigência que a propriedade atenda a sua função social. O exemplo clássico é a expropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária.¹⁵²

Observa-se, diante do exposto, que todas as modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada supracitadas se justificam em razão da preponderância do interesse público sobre o direito privado.

Nesse ínterim, nota-se que, sob a ótica da AED, “quando o Estado resolve interferir em propriedades privadas mediante alocações predeterminadas do uso/gozo ou na

¹⁴⁹ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2013, p. 380.

¹⁵⁰ § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

¹⁵¹ ALEXANDRINO; PAULO, *op. cit.* p. 381.

¹⁵² *Ibidem*, p. 383.

própria alocação de recursos, pressupõe-se que os benefícios serão maiores do que os custos públicos e privados.”¹⁵³

Desse modo, resta evidente que a imposição de limitações administrativas interfere no âmbito econômico, já que, por exemplo, obrigação imposta ao proprietário de manter intocáveis as áreas de preservação permanente e de instituir parte de seu terreno como reserva legal implica, segundo uma ótica eficientista, no mau uso da propriedade (uso ineficiente dos recursos), uma vez que haveria a possibilidade de se extrair maior número de alimentos, maximizando-se a riqueza do titular do bem e movimentado ainda mais a economia de uma cidade ou país.

O empresário da construção civil também pode sofrer as consequências econômicas de um plano diretor no qual o número de pavimento que podem ser edificadas encontra-se aquém da demanda do mercado imobiliário.

Igualmente, a lei do silêncio após certa hora da noite pode trazer consequências sob o aspecto econômico do proprietário de um bar que, com o intuito de aumentar sua clientela, deseja contratar uma banda para tocar em seu estabelecimento. Nesse caso, entretanto, tal qual o exemplo do médico e do confeitiro propostos por Coase, há a possibilidade do proprietário efetuar o isolamento acústico de sua propriedade e, ao médio prazo, conseguir lucrar com essa medida.

O próprio Poder Público ao ter que adaptar suas repartições com infraestrutura de acessibilidade às pessoas com deficiência física também dispense recursos públicos que, à luz de postulados puramente econômicos e eficientista, poderiam ser utilizados de uma melhor forma.

A AED, em especial o marco teórico que defende a aproximação entre o Direito e a Economia por meio da aplicação do Princípio da Eficiência Econômico-Social, não propugna que o proprietário deve desmatar para aumentar a sua produção ou que o empresário da construção civil desconsidere as determinações previstas no plano diretor, uma vez que a eficiência, sendo meio para atingir a harmonização econômica entre os agentes, deve considerar critérios, como a defesa do meio ambiente, inclusão social e outros a serem internalizados dentro dos parâmetros delineados pelo Estado segundo um Mínimo Ético Legal – MEL.

¹⁵³ VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 209.

Ademais, a proteção ao meio ambiente por meio da instituição da reserva legal, por exemplo, pode ser, inclusive, uma decisão eficiente no médio e longo prazo, eis que salvaguarda recursos naturais para as gerações futuras.

De mesmo modo, o tombamento de bens móveis ou imóveis que produz efeitos quanto à alienação, à modificação e à conservação da propriedade tombada se justifica em razão da internalização no cálculo econométrico da defesa do patrimônio cultural, artístico, arqueológico, histórico paisagístico e científico nacional conforme determina o art. 216, § 1º da CRFB/88.

No tocante às desapropriações justificadas em razão da necessidade ou utilidade pública, para a construção de uma creche por exemplo, nota-se que, por vezes, o Estado encontrará custos de transação muito altos a ponto de impossibilitar a compra da propriedade com o consenso mútuo. Isso acontece porque as desapropriações interferem na alocação de recursos, pois implicam em uma transferência “involuntária” de uma propriedade, já que, se o titular da propriedade quisesse vendê-la, certamente recorreria ao mercado.¹⁵⁴

Assim, o Estado dentro de uma lógica efficientista deve sopesar os custos e benefícios e levar em consideração que não são apenas valores pecuniários que estão em jogo, mas também todos os demais valores que podem ter alguma importância para o mesmo.

Sob a ótica da Escola da Escolha Pública, por exemplo, o gestor público sabe que deve implementar políticas públicas e tem conhecimento que possui um orçamento limitado em face dos direitos e demandas tutelados que são infinitos. Portanto, o gestor público, em diversas situações, de analisar “diversos tópicos do processo político, como teorias sobre o Estado, estudo de voto, comportamento dos eleitores, partidos políticos, burocracia, dentre outros, em vista da racionalidade econômica”¹⁵⁵ para, então, tomar uma decisão no sentido de desapropriar um terreno para construir uma creche ou um hospital.

Ademais, sabe-se que os benefícios, inclusive pecuniários, poderiam ser maiores para o Estado e a coletividade de modo geral quando, por exemplo, uma ponte ou viaduto são construídos, desapropriando-se uma porção de terra de um imóvel particular com o escopo de encurtar o caminho entre duas cidades. Tal obra proporcionaria a economia de

¹⁵⁴ Conforme a lição de VERA, Flávia Santinoni. *Ibidem*, p. 210.

¹⁵⁵ STRINGARI, Amana Kauling, *op. cit.*, p. 93.

tempo e de combustível¹⁵⁶, bem como maximizaria o bem-estar dos indivíduos levando-se em consideração a possível diminuição dos congestionamentos.

Ao desapropriar um lote de terra com a finalidade de construir-se uma creche pública também podem ser notados benefícios econômicos, já que os pais poderão deixar seus filhos aos cuidados do Estado enquanto trabalham, movimentando de igual forma a Economia.

Desse modo, ao analisar-se, sob a ótica da AED, a definição dos direitos no que diz respeito à interferência estatal na propriedade privada, deve-se observar que, além daquele critério de eficiência que consiste na maximização de ganhos e minimização de custos, há outros fatores que são internalizados no cálculo econométrico como explica o PEES que considera as variáveis de cunho social e temporal, almejando alcançar a distributividade e a justiça social.

Por fim, no tópico a seguir será abordada a questão da definição dos direitos no tocante à função social da propriedade, em especial a hipótese de desapropriação da propriedade rural para fins de reforma agrária caso a mesma não seja cumprida

3.3.2 Análise Econômica da função social da propriedade

A função social da propriedade, como analisado no capítulo 2, encontra-se disciplinada nos arts. 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, e 184 da CRFB/88 e sua aplicação costuma gerar calorosas discussões em virtude de sua natureza filosófica e abstrata e a dificuldade de correlação com a garantia do direito de propriedade privada, que também é direito fundamental.”¹⁵⁷

Saddi e Pinheiro, nesse diapasão, afirmam que a função social da propriedade esculpida na CRFB/88 não é uma restrição à propriedade, mas ao seu uso indevido¹⁵⁸, ou seja, um direito não exclui, necessariamente, o outro.

Não obstante, a indefinição de uma relação coesa entre esses conceitos costuma causar efeitos perversos no tocante à (in)segurança jurídica, uma vez que é comum encontrar

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver: VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 210.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 212.

¹⁵⁸ PINHEIRO; SADDI, *Direito...*, *op. cit.*, p. 97.

decisões conflitantes quando da aplicação do instituto da função social, tornando as regras obscuras, ocasionando custos e, conseqüentemente, a diminuição dos investimentos privados.¹⁵⁹

Isso acontece porque

O comportamento determina e é determinado pela lei e estrutura jurídica. Direitos de propriedade assinalados corretamente e sobretudo respeitados são fundamentais para a definição do desempenho econômico. Daí o conceito de *segurança jurídica*, ou seja, a ação de tornar definitiva uma decisão jurisdicional. A segurança e a justiça são valores jurídicos relacionados entre si; qualquer vinculação à instabilidade – ao estado, qualidade ou condição de uma relação ou um direito de propriedade não ser respeitado e estar ao sabor de perigos e de incertezas causados por decisões judiciais – afeta a condição de previsibilidade. E, como se sabe, a previsibilidade das decisões judiciais afeta o comportamento e a conduta do mercado.¹⁶⁰

Nesse diapasão, observa-se, conforme estudado no capítulo anterior, que compete à União desapropriar para fins de reforma agrária o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (art. 184, *caput*, CRFB/88). Ademais, foi visto (art. 186, CRFB/88) que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente o seguinte: o aproveitamento racional e adequado do solo; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, por fim; a exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores;

Além disso, vale lembrar (art. 185, CRFB/88) que são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, desde que o seu titular não possua outra, e a propriedade produtiva.

A questão da produtividade da propriedade encontra-se disciplinada na Lei nº 8.629/1993¹⁶¹ que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. No art. 6º, *caput*, da referida lei define-se o conceito de propriedade produtiva como “aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.”

Nota-se, portanto, que a lei dispõe acerca de graus de utilização da terra e de eficiência na exploração e, nesse aspecto, a AED tem muito a contribuir.

¹⁵⁹ Conforme: VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁰ PINHEIRO; SADDI, *Direito...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm. Acesso em: 29 de outubro de 2014.

Nesse ínterim, observa-se que, de modo geral, a Lei nº 8.629/93 adota o conceito de produtividade baseado no fator de produção por quantidade de terra (hectare).¹⁶² Dessa forma, o referido diploma legal ignora outros fatores de produção tais como o capital investido, insumos, benfeitorias, maquinário, número de trabalhadores etc.¹⁶³

Surge aí o primeiro problema, eis que “a produtividade é um conceito que deve incluir todos os fatores de produção. O insumo terra não é o único fator de produção necessário para o cálculo da produtividade e, portanto, os índices parciais previstos causam distorções quanto à precisão do resultado.”¹⁶⁴

A questão é tão relevante que diversos Projetos de Lei, com o objetivo de tornar o conceito mais claro, foram criados, como, por exemplo, Projeto de Lei PLS – nº 107/2011 de autoria da Senadora Kátia Abreu que tramita no Senado Federal desde 2011.¹⁶⁵

É interessante ressaltar que a questão da produtividade também é utilizada para aquisição da posse por meio da usucapião. Entretanto, nesse caso não há critérios quantitativos estabelecidos, bastando que, nos termos do art. 1.239 do Código Civil, o possuidor torne-a produtiva por meio de seu trabalho ou de sua família, ou seja, não se considera o fator de produção por quantidade de terra utilizada.

Em relação a esse aspecto, extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA, AO ARGUMENTO DE NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA OBTENÇÃO DA PRETENSÃO AQUISITIVA. NÃO ACOLHIMENTO. **PROVA DOCUMENTAL E ORAL APTAS A COMPROVAR QUE OS ELEMENTOS CONSTANTES NO ART. 1.239 DO CÓDIGO CÍVEL E NO ART. 191 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FORAM SATISFEITOS, QUAIS SEJAM: POSSE**

¹⁶² Art. 6: § 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

¹⁶³ VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 214.

¹⁶⁵ Projeto de Lei disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99517>. Acesso em: 28 de outubro de 2014.

ININTERRUPTA POR MAIS DE CINCO ANOS COM ANIMUS DOMINI, DE IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA RURAL DE ATÉ 50 HECTARES, **PRODUTIVO EM DECORRÊNCIA DO PRÓPRIO TRABALHO E/OU DA FAMÍLIA**, SERVINDO TAMBÉM DE MORADIA, NÃO SENDO PROPRIETÁRIO DE OUTRO IMÓVEL. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS CONTIDOS NO ART. 20, § 3º E § 4º DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Grifou-se).¹⁶⁶

No voto proferido pelo relator do processo, Desembargador Artur Jenichen Filho, nota-se que a prova oral colhida pelo Juiz de primeiro grau foi suficiente para provar a questão da produtividade, uma vez que as testemunhas ouvidas afirmaram que os possuidores plantavam e “criavam” gado.

Diante disso, observa-se que, no cenário jurídico atual, a conceituação de produtividade da terra encontra-se, de certa forma, fragilizada e, conseqüentemente, a desapropriação fundamentada em tal requisito, podendo, erroneamente, uma propriedade produtiva ser classificada como improdutiva em virtude da utilização equivocada de tal conceito.

Flávia Santinoni Vera, nesse contexto, faz severas críticas ao instituto da desapropriação com fulcro na (ausência de) função social da propriedade, afirmando que proprietários endividados ou realmente improdutivos podem se utilizar da política de reforma agrária com o intuito de terem suas terras desapropriadas e indenizadas por um valor maior do que o subjetivo. Esse acontecimento, segundo a autora, pode não ser a opção eficiente para a coletividade, mas provavelmente será para aquele titular que deseja alcançar proventos que certamente não alcançaria no mercado.¹⁶⁷

Ademais, a autora afirma que a “CPMI da Terra” Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instaurada em 2013 demonstrou que uma desapropriação feita inapropriadamente onera os contribuintes na proporção de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por assentado, bem como pode distorcer incentivos ao produtor, ocasionando conseqüências perversas para o crescimento econômico.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2008.060742-0, de Campo Erê, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 22-07-2013. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=usucapi%E3o%20art.%201.239%20C%F3digo%20Civil&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTmhAAN&categoria=acordao Acesso em: 27 de outubro de 2014.

¹⁶⁷ VERA, Flávia Santinoni, *op. cit.*, p. 215.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 215.

Faz-se necessária, portanto, uma melhor definição dos conceitos relativos à função social da propriedade, visto que o conteúdo do instituto está vinculado à Justiça Social, ou seja, comprometido com uma sociedade mais igualitária, fazendo com que o acesso e o uso da propriedade sejam orientados nesse sentido. Essa certamente foi a intenção do legislador constituinte que previu a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária.

Nesse ínterim, nota-se que o instituto da função social se coaduna com os postulados da Escola Neo-Institucional na medida em que visa alocar a propriedade para quem a dê mais valor segundo critério de eficiência no uso da terra, ou seja, o processo de reforma agrária é justificado por esse enfoque da AED.

A função social da propriedade também pode ser vista à luz do Princípio da Eficiência Econômico-Social, já que é um meio de distribuição e redistribuição dos recursos escassos segundo o Mínimo Ético Legal estipulado pelo Estado.

Ademais, o exercício da função social, desde que seu conceito esteja bem definido, viabiliza a redução dos custos de transação, eis que garante o direito de propriedade, condição essa necessária à eficiência da alocação de recursos em conformidade com o Teorema de Coase.

Dessa forma, nota-se a garantia ao direito de propriedade privada prevista no Ordenamento Jurídico do Brasil é compatível, de modo geral, com a AED, bem como os aspectos a ela inerentes como, por exemplo, as limitações administrativas e as desapropriações motivadas pelo interesse, necessidade e função social, cabendo, quanto a esta última, a ressalva no tocante a definição do conceito de produtividade.

CONCLUSÃO

A interação entre o Direito e Economia ocorre de maneira ampla na sociedade atual, atingindo segmentos que à primeira vista são inconciliáveis. Dentre os movimentos que procuram conciliar tais disciplinas encontra-se a Análise Econômica do Direito que surgiu nos Estados Unidos como o marco teórico interdisciplinar que visa aplicar à Ciência Jurídica os postulados da Ciência Econômica, em especial as premissas relacionadas à eficiência, objetivando a obtenção do maior bem-estar possível através da melhor e maior alocação de bens.

Para alcançar o escopo deste TCC foram estudados os postulados da Análise Econômica do Direito e também o surgimento e evolução do conceito de propriedade, bem como sua regulamentação no decorrer do tempo, constatando-se que a propriedade não pode ser pensada apenas em seu caráter individual como um direito absoluto, já que ser vista sob o ponto de vista da coletividade, eis que existem interesses públicos maiores cuja proteção incumbe ao Poder Público.

Nesse íterim, nota-se que direito de propriedade foi um dos primeiros campos em que a Análise Econômica do direito se aventurou, tentando prever as consequências oriundas das normas relacionadas a tais direito, sobretudo as implicações destas normas sob o aspecto da eficiência. Assim, a Análise Econômica do Direito almeja a criação de um sistema de direitos de propriedade que sejam bem definidos, possibilitando as trocas voluntárias e garantindo que referidos direitos permaneçam com aqueles que valorizam mais. Desse modo, a inversão do direito sobre determinada propriedade seria permitida desde que o novo titular fizesse um uso mais eficiente dela.

Para que o uso da propriedade seja eficiente e as trocas ocorram de maneira voluntária, entretanto, o direito de propriedade deve possuir três características essenciais: transferibilidade, exclusividade e universalidade.

A primeira consiste justamente na possibilidade de transferir a propriedade para alguém que, por exemplo, pode ocorrer pelo meio sucessório ou pela compra e venda. Já a segunda diz respeito ao uso exclusivo ou privativo da terra, proibindo-se que terceiros a utilizem sem arcar com as despesas. Por fim, a universalidade se refere à aplicabilidade dos direitos de propriedade, o que é permitido para um proprietário deve ser permitido para todos os outros.

Diante do exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe essas três condições, permitindo-se ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor da propriedade. Ademais, nota-se que a garantia a propriedade está alçada ao patamar de direito fundamental do cidadão, configurando-se como cláusula pétrea.

Entretanto, esse direito não é concedido de modo absoluto, eis que o proprietário possui uma série de obrigações para com a coletividade, entre elas a de exercer seu direito de propriedade observando-se a sua função social, em outras palavras, só haverá direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social. O direito à propriedade privada também é relativizado pelas interferências estatais, tais como as limitações administrativas, o tombamento e a desapropriação.

Apesar de haver uma notável “flexibilização” do caráter privado da propriedade, a Análise Econômica do Direito não se torna incompatível com o direito de propriedade no Brasil, principalmente sob a ótica do marco teórico do Princípio da Eficiência Econômico-Social que prevê a internalização de outros valores no cálculo econométrico quando da adjudicação de direitos. A eficiência, nesse marco teórico, deve ser buscada dentro de parâmetros delineados pelo Estado dentro de um Mínimo Ético Legal.

Assim, valores como a defesa do meio ambiente, a erradicação do desemprego, a distributividade e a justiça social devem ser considerados quando da tomada de decisão jurídico-normativa.

Desse modo, uma limitação administrativa que proíba o desmatamento de áreas de preservação permanente está em consonância com os postulados da Análise Econômica do Direito, pois prioriza a proteção do meio ambiente num mundo onde os recursos naturais estão cada vez mais escassos.

A desapropriação de um lote de terra com fulcro no interesse social para a construção de uma creche ou de uma ponte ou viaduto que encurtam a distância entre dois locais, apesar de ferir a condição de exclusividade sobre o bem, ocorre em virtude da preponderância do bem comum, pois proporciona melhor qualidade de vida (em virtude da diminuição de congestionamentos, por exemplo), geração de empregos e erradicação do desemprego (operários para a construção das obras e professoras nas creches).

Já a desapropriação para fins de reforma agrária, apesar dos problemas citados com relação à definição do conceito de produtividade, também se coaduna com a Análise Econômica do Direito na medida em que pretende alocar um bem de uma pessoa que a

valoriza menos para uma pessoa, ou, grupo de pessoa que a valoriza mais, sendo um meio para alcançar a justiça social.

Nesse contexto, restou demonstrada a compatibilidade entre os preceitos da Análise Econômica do Direito e as normas de nosso ordenamento relacionadas ao direito de propriedade. Nota-se que a nossa atual Constituição incentiva os agentes econômicos a alocarem seus direitos de propriedade ainda que estes estejam suscetíveis à interferência estatal e condicionados ao exercício da função social, esses aspectos de nosso ordenamento jurídico se justificam ainda segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social, posto que tem por finalidade promover o equilíbrio harmônico nas relações entre os indivíduos em nome da convivência social e do bem comum.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Resumo de Direito Administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2013.
- BALBINOTTO NETO, Giacomo. *Direito e Economia: Leis de Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/lei-responsabilidade-civil.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos Reais na Constituição de 1988*. In.: A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2057563/teoria-da-norma-juridica---norberto-bobbio>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014.
- BRASIL. Código Civil (1916). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.
- _____. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.
- _____. *Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2014.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 05/08/2014.

COELHO, Antônio Augusto de Souza. *A propriedade rural na nova Constituição*. In.: A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1991.

COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª ed., 2010.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014.

DIDIER, Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em: 05/08/2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA JUNIOR, Helly Wilson Soares. A relação entre o trabalho e educação através da análise do movimento histórico nas formações sociais primitivas e escravistas.

Disponível em:

<http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/jornada/jornada8/trabalhos.html>.

Acesso em: 06 de outubro de 2014.

GICO JR, Ivo Teixeira. *Introdução ao Direito e Economia*. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; 1997.

_____; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial in Sequencia. V. 35, N 68, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em: 11/08/2014.

_____; STELZER, Joana. *A Administração Pública na sociedade transnacional: o critério da Law and Economics para tomada de decisão*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/everton%20das_neves_ggoncalve.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

_____; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. Disponível em: <<http://dieoff.org/page95.htm>>. Acesso em: 18 de outubro de 2014.

LIMA, Elisberg Francisco Bessa. *Análise econômica do direito de propriedade e a ordem constitucional brasileira*. In: As garantias da propriedade e as intervenções estatais. Coord. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Curitiba: Juruá, 2012.

- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2014.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Tradução de Sueli Tomazini Barros. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 3. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso de. *Aplicações da Análise Econômica do Direito*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.
- OLSSON, Gustavo André. *Apontamentos críticos sobre a Análise Econômica do Direito e o reflexo desta sobre a autonomia do Direito*. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000019.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2014.
- PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R.P. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em: 06/08/2014.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- _____. *Curso de Law and Economics*. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4 Ed., Chicago: Little Brown and Company. 1992.
- _____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- _____. *Para além do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- Projeto de Lei PLS – nº 107/2011. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99517>. Acesso em: 28 de outubro de 2014.
- ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: 06 de outubro de 2014.

_____, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0435_0483.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2014.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. *Levando os princípios a sério: eficiência como valor jurídico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2831.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2014.

STRINGARI, Amana Kauling. *Eficiência na administração pública brasileira: uma proposta de estudo crítico da análise econômica do direito*. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; 2012.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Tradução Neusa Vitale; Revisão técnica Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: Direito & Economia. Org. Decio Zylbertszajn, Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. *Economia dos Direitos de Propriedade*. In: Direito & Economia. Org. Decio Zylbertszajn, Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TELES, Fernanda Pacheco. *Análise Econômica da Função Social da Empresa*. [Dissertação]. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos; 2009.

TJSC, Apelação Cível n. 2008.060742-0, de Campo Erê, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 22-07-2013. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=usucapi%E3o%20art.%201.239%20C%F3digo%20Civil&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTmhAAN&categoria=acordao> Acesso em: 27 de outubro de 2014.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERA, Flávia Santinoni. *A Análise Econômica da Propriedade*. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: direito das coisas*. Vol. 4. 13. ed. atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2011.